

JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACIÓN Y DEBATE

P. Lanceros, De las nobles mentiras. **C. Gómez**, El lenguaje de las sentencias. **J. Grau Gassó**, La prescripción del delito y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. **G. Poyatos i Matas**, Riesgos profesionales en la salud judicial. **M. A. Herrera**, Estado social y estado económico. **D. González Lagier**, 'Neuropruebas' y filosofía. **G. Tuzet**, El dilema de la valoración probatoria, releyendo a Beccaria. **S. Álvarez**, El derecho al aborto en Europa. **J. M. García Moreno**, La responsabilidad civil de los jueces en España. **L. Ferrajoli**, La justicia penal transicional en Colombia.

JUECES *para la* **DEMOCRACIA**
INFORMACIÓN Y DEBATE

En este número: Álvarez, Silvina, profesora de Filosofía del Derecho, Universidad Autónoma de Madrid.
Ferrajoli, Luigi, catedrático de Teoría y Filosofía del Derecho, Universidad Roma III.
García Herrera, Miguel Ángel, catedrático de Derecho Constitucional, Universidad del País Vasco.
García Moreno, José Miguel, magistrado, del Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial.
Gómez, Carlos, magistrado, Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.
González Lagier, Daniel, profesor titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante.
Grau Gassó, José, magistrado, Audiencia Provincial de Barcelona.
Lanceros, Patxi, profesor de Filosofía Política y Antropología, Universidad de Deusto (Bilbao).
Poyatos i Matas, Gloria, magistrada de lo social en Lanzarote.
Tuzet, Giovanni, profesor de Filosofía del Derecho, Universidad Bocconi, Milán (Italia).

Jueces para la Democracia. Información y Debate

Publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*

Consejo de Redacción: Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ (director), Jesús FERNÁNDEZ ENTRALGO, José Miguel GARCÍA MORENO, Javier HERNÁNDEZ GARCÍA, Alberto JORGE BARREIRO, Begoña LÓPEZ ANGUITA, Ramón SÁEZ VALCÁRCEL. Secretario de redacción: José Rivas Esteban.

Correspondencia: *Jueces para la Democracia*, calle Núñez de Morgado, 3, 4.º B. 28036 Madrid.
E-mail: info@juecesdemocracia.es <http://www.juecesdemocracia.es>

Suscripciones: Maxipack S.L., Avda. del Sistema Solar n.º 3 A. Parque Tecnológico
28830 San Fernando de Henares. Madrid
Tel. 91 677 53 60
Fax 91 674 93 00
E mail: suscripciones@maxipack.es

Precio de este número: 10 € (IVA incluido)

Suscripción anual (nacional): 24 € (3 números)
Europa: 34 €
Resto: 40 €

Depósito legal: M. 15.960-1987. ISSN: 1133-0627. Impresión: Estudios Gráficos Europeos, S.A.

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
Debate	
— <i>De las nobles mentiras</i> , Patxi Lanceros	5
— <i>El difícil lenguaje de las sentencias</i> , Carlos Gómez	9
— <i>La prescripción del delito y la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la Ley Orgánica 5/2015</i> , José Grau	25
— <i>El impacto del acoso, estrés y otros riesgos profesionales en la salud judicial</i> , Gloria Poyatos i Matas	36
Estudios	
— <i>Estado social y estado económico</i> Miguel Ángel García Herrera	51
— <i>“Neuropruebas” y filosofía</i> , Daniel González Lagier	67
— <i>El dilema de la valoración probatoria: criterios y estándares releyendo a Beccaria</i> , Giovanni Tuzet	84
— <i>El derecho al aborto en Europa: las razones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en A, B y C v. Irlanda</i> , Silvina Álvarez	96
Cuestiones de ordenamiento judicial	
— <i>Sobre la responsabilidad civil de los jueces en España</i> , José Miguel García Moreno	123
Internacional	
— <i>La justicia penal transicional en la Colombia del posconflicto y las garantías de la paz interna</i> , Luigi Ferrajoli	143
Apuntes	
— <i>Jueces-síntoma</i>	156
— <i>¿Y si TC quisiera decir tribunal confesional?</i>	156
— <i>Compadreo con jueces</i>	157
Extractos/abstracts	158



JUSTICIA

¿AÚN NO CONOCE SANTANDER JUSTICIA?

Un servicio exclusivo del Banco Santander para profesionales del mundo de la Justicia.

Descubra todas las ventajas.

Infórmese de las condiciones completas
en su oficina Santander, en el 902 100 277
o en www.bancosantander.es



Santander

DEBATE

DE LAS NOBLES MENTIRAS

Patxi LANCEROS

Cuando yo era niño (que lo fui) circulaban, incansables, numerosos chistes que, indefectiblemente, comenzaban: «Iban un francés, un inglés y un español...». La nómina gentilicia o patronímica podía ampliarse y, de vez en cuando, aparecían un alemán o un ruso. El resultado sin embargo no variaba: tras comentarios más o menos juiciosos de los «extranjeros» al respecto del problema en cuestión (que podía ser tan extremo como saltar de un avión o sobrevivir en las profundidades del mar), el español vencía (es decir, sobrevivía) gracias a un ejercicio de inteligencia. No de esa inteligencia, hay que decirlo, rigurosa, paciente y constante que se precisa para arduas tareas de investigación sino de esa otra, adaptativa, a los que los griegos llamaban *métis* y que se puede traducir por «astucia».

No se trata de sancionar con el anterior recuerdo una característica general y obstinada del «español»; tampoco de apuntar a un presunto modo esencial de su ser o actuar. Se trata más bien de vincular el chiste¹ al torrente de expresiones —de distinta índole, dispar estilo y, en general, muy poca gracia— que se atrincheran en identidades colectivas o invocan sedicentes esencias. Y que se reiteran como constatación o reclamo de estados o de estatutos diferenciados, como justificación de articulaciones políticas vernáculas o como expediente de asistencia letrada para dar cauce a programas varios de pertenencia (y consecuente im-pertinencia), o de reclutamiento (y consecuente exclusión).

O se trata, más humildemente, de seleccionar alguno de los modos de funcionamiento del mecanismo identitario y de explorar los sesgos de su acción. El supuesto básico es, precisamente, que la sedicente identidad carece de esencia, como carece de estabilidad y se reescribe una y otra vez en términos de continuidad; y que, sin embargo (o precisamente por ello) los mecanismos de identificación producen efectos. Que esos efectos reclamen fundamentos espectrales y se desplieguen en escenarios a menudo terroríficos es una evidencia empírica: no ha de ser un obstáculo para la consideración del problema sino un dato con el que hay que contar.

No es preciso (aquí) explorar el esquema, o el principio, de (la) identidad en los muy diversos, y siempre problemáticos, enunciados en los que se despliega, ni en sus variados ámbitos de aplicación. Quizá sí es importante retener algo: desde que el «principio

1 Tampoco se pretende aquí extraer del chiste una relación, ya establecida por otra parte, con el/lo inconsciente. Pero ha de verse el artículo, siempre estimulante, de Sigmund Freud cuyo título se ha apuntado: «El chiste y su relación con lo inconsciente», en *Obras Completas*, Vol. VIII, Amorrortu, Buenos Aires, 2012 (el artículo data de 1905).

de identidad» hizo su aparición en el espacio lógico occidental la seducción o el empuje de su aparente inmediatez, de su postiza simplicidad y de su falsa evidencia han operado como auténticos imanes, y han impuesto la pauta identitaria como norma y forma de procesos de la más diversa índole y condición. Y por lo que parece seguimos habitando en el espacio-tiempo de esa superstición que no cesa. Pues la identidad, que siempre con dificultades y sólo con magros rendimientos se puede atribuir al círculo lógico (constituiría, al decir de L. Wittgenstein su centro insustancial), carece de sentido en el terreno de lo fáctico y es fuente de múltiple disturbio cuando se propone como instancia normativa. Y, así todo, atrae: fascina, somete.

Que de un tiempo a esta parte la sumisión que la identidad propicia se despliegue preferentemente en el ámbito de la política parece un hecho. Pero es una difundida opinión que tal vez convenga matizar; ya que la seducción de la identidad no opera propiamente en el ámbito de la política sino que lo suplanta, y se propone o se sobrepone como una especie de falsa inmediatez, como una especie de evidencia prepolítica que contaría, si de contar se tratara, con todos los avales de la naturaleza y de la historia. Si no con los más enigmáticos avales de la divinidad. Ya se exprese en la forma de fundamentalismo o integrismo, ya en la que adopta el nacionalismo (de diversa intensidad, índole y condición), la (im)postura de la identidad se ante-pone a la política y a lo político: que es, al menos en su tramo moderno, discusión y conflicto gestionados en la inmanencia, absueltos por lo tanto de las constricciones, de los imperativos, de la historia, la naturaleza y los dioses.

Quizá no sea extraño, aunque sí muy preocupante, que la intensificación de los mecanismos identitarios se produzca por doquier y sin aparente desmayo. Quizá esa intensificación muestre un cierto agotamiento de la política (léase en el sintagma el doble valor del genitivo): en el que es preciso pensar.

Si aquí se insiste en la palabra «mecanismo» es para paliar el efecto naturalista u organicista que sugiere la narrativa identitaria: que se prodiga en metáforas y metonimias en las que, abandonada leve o momentáneamente la invocación a la sangre, el suelo y la tierra, la implantación y las raíces, los sonidos y los latidos, así como la calidez del sentimiento son requeridos como expediente de legitimidad y fundamento incontestable.

Pero no hay nada de arraigo, nada de naturalidad, en la trama de las comunidades políticas y en la gestión de sus lealtades. «Tendremos que inventar una noble mentira», dice Platón refiriéndose al mito de la autoctonía: aquel relato, modelo y guía de tantos otros, que habría de servir para que el ateniense entendiera la relación «política» en términos «económicos»²: es decir, en términos de casa y familia. Cierto es que la “noble mentira” no es toda la verdad de la política platónica. O no lo es inmediatamente. Más bien puede pensarse que al hacer público aquello que, para resultar exitoso, tendría que haber permanecido oculto, lo que realmente consigue Platón —quizá también lo pretende— es desvelar, de un golpe (certero), todos los mecanismos de perversión económica de la política: presentes y futuros. Noble es (d)enunciar la verdad de la mentira y la mentira que subyace a presuntas y presuntuosas verdades; noble es poner en cuestión el mecanismo que impone lealtad, que fabrica conformidad, a partir y a través de ficciones de arraigo y de familia, de lengua y de fe, a través de continuidades inventadas y de coherencias construidas. O a partir y a través de amputaciones, exclusiones y descartes.

No es seguro que la historia de la filosofía no sean sino notas a pie de página de los escritos de Platón, como sugiere Whitehead; pero es cierto que los relatos identitarios,

² Recuérdese que el *oikos*, la institución doméstica, es, tanto en su lógica como en su normatividad, totalmente diferente a la *pólis*.

las narrativas de pertenencia (que son también, obviamente, narrativas o relatos de (s) elección y expulsión) parecen seguir la estela platónica —el trazo dibujado y desenmascarado por Platón— incluso en detalles casi cómicos; convirtiéndose en mentiras sin duda eficaces pero carentes de nobleza.

No sólo en *Las leyes*, sino de manera sarcástica y corrosiva en el *Menéxeno* y de forma implacablemente lógica en *El Sofista* y en algunos pasos de *El Político*, enuncia Platón la falacia de las divisiones, de las líneas trazadas entre «nosotros» y los restantes «ellos». Esas líneas no han dejado de trazarse, no dejan de marcarse.

Pero si el viejo ateniense hablaba para una cultura urbana, con frustrada vocación imperial, de la época agropecuaria, que acababa de salir del «tramo gentilicio» pero que no desdeñaba las formas tradicionales y carismáticas de legitimación, las líneas que hoy se trazan lo hacen en el extremo de una modernidad en la que el algoritmo político del Estado-nación, un bosquejo inestable desde el principio y por principios, se deshace a causa de la constante agresión de un proceso globalizador y de un capitalismo pos industrial (pos estatal y posnacional) que no entiende de límites. El desmoronamiento de esa figura de la modernidad política, al producirse en la forma de un imparable deterioro del Estado, permite el estallido de diversas facturas nacionales, que operan con los mecanismos de la vieja retórica natal, natural o nacional; o con los eternos de las varias providencias divinas.

Cierto es que el híbrido «Estado-nación» nunca consiguió articular de manera satisfactoria los extremos de su nombre y de su constitución. Cierto es que el «elemento nacional», presto a blindarse en particularismos y exclusivismos o a expandirse en aventuras hegemónicas, nunca se acomodó a los criterios, de raigambre racional(ista), del Estado. Calificado este último por Nietzsche como «el más frío de los monstruos fríos», ha tenido sin embargo que padecer a lo largo de los últimos siglos las reincidentes subidas de temperatura, los auténticos sofocos (también subidas de tensión), provocados por su parte nacional: fácilmente inflamable y afín a toda suerte o desgracia de contagios.

El Estado-nación: un artefacto al que se le ha exigido, y se le sigue exigiendo, que haga explícito algún tipo de compromiso con la naturaleza y los dioses; un aparato que ha de hacerse perdonar su moderna constitución mecánica, maquinica, cibernética, con un respecto a atávicas supersticiones; un híbrido al que se le puede exigir la eficacia de una burocracia fría y racional pero que, a la vez, ha de dispensar cálidas provisiones de sentimiento y afecto que aseguren conformidad y garanticen consenso más allá (o más acá) de todo lo razonable. La aleación es inestable; y difícil el equilibrio en el que ha de mantenerse esa acrobática figura.

«Dos almas laten ¡ay! en mi pecho», se lee en *Fausto*. Cuando el alma racional, la «parte-Estado», se halla hoy acosada, obstruida en sus funciones, sometida a fuerzas que no controla y sobrepasada por ritmos para los que está inadaptada, cuando es posible que provoque frustración por no poder satisfacer demandas y por traicionar promesas..., hay almas que se rebelan. Y es posible pactar con muchos, con innumerables, o incluso con todos los demonios.

El mecanismo siempre será el mismo. Posiblemente no hay otro. Una figura retórica de amplio espectro, la sinécdoque, permite articular un discurso falaz en el fondo y eficaz en la forma. Permite aludir a un rasgo —la lengua, la tierra, la costumbre o el dios³— que vale por todo(s) y que es índice y factor de identidad; permite enroscar so-

3 El rasgo se enuncia en el plano del ser. Y aspira a plenitud ontológica. De la que, además, sería posible, y necesario, derivar o deducir un programa normativo. No es posible aquí decir nada (más) al respecto de la falacia en la que así se incurre. Pero cabe indicar que no se trata sólo de una vieja falacia lógica, sino de un programa político siniestro.

bre ese rasgo un rosario de promesas y expulsar en el mismo movimiento una cohorte de fantasmas, de agresiones, de injerencias, de vejaciones o de traiciones.

La sinécdoque identitaria es a menudo brillante. Como medio de suplantar la política suele ser eficaz. Si la segunda, la política, no puede evitar la presencia explícita del conflicto y requiere una exposición compleja, así como una prosecución dialéctica, la sinécdoque identitaria tiene a su favor la enorme ventaja de la simplicidad. Basta un rasgo, sólo uno. Puede ser una lengua o un dialecto, puede ser un hábito, o una fe. Un rasgo, que tiene además carácter empírico, fáctico. No es como esas otras abstracciones, a veces contraintuitivas, que se ocultan en arcanos como «universalismo», «igualdad», «derechos», «garantías»..., construcciones inquietantes por su envergadura. Frente a ellas... ¿hay algo más nuestro que la lengua que hablamos? ¿hay algo más íntimo que la sangre que nos une? ¿hay algo más santo que el dios que nos convoca? ¿que la tierra que nos sostiene? ¿que la tradición que compartimos?

Basta un rasgo, sólo uno. Inmediato, empírico, entrañable. Por su simplicidad el rasgo puede ser repetido, reiterado. Y sólo puede ser eso: repetido, reiterado. Por eso la narrativa de la identidad es tan convincente. Carece de variación, se expone como pura repetición de sí misma. Y es esa repetición la que vale como tradición, la que genera conformidad. Y es esa misma reiteración de un solo rasgo la que elimina cualquier opción. La reiteración del rasgo (con interesada ignorancia de todos los otros rasgos que pudieran exponerse al peligro de ser compartidos más allá de la línea) genera un doble efecto: redundancia y descarte.

El nosotros se construye como efecto redundante del que el rasgo (la lengua, la tierra, el hábito o dios) es índice y factor; el descarte condena a la represión o a la supresión, a la exclusión, todo el conjunto de los otros rasgos ignorados: y de sus portadores. Tanto de los portadores auto como de los heterodesignados.

Sin duda el mecanismo, la sinécdoque identitaria, resulta más eficaz cuando se dispone de un amplio aparato de difusión. Al fin y al cabo el púlpito ha sido (es y será) una notable sede de producción de redundancia identitaria y de descarte diferencial; al fin y al cabo la escuela ha cumplido (cumple y cumplirá) el mismo cometido en el espacio-tiempo del Estado-nación. Y muchas veces más al servicio de la “educación sentimental” que en función de otro tipo de exigencias.

«Tendremos que inventar una noble mentira». Platón no inventó ninguna. En el momento de escribir el imperativo o desiderativo sintagma, aludía a una mentira muy común y nada noble. Que el mecanismo que la nutre siga siendo el mismo veinticinco siglos después es un dato. Inquietante.

En el momento de escribir estas últimas líneas se agitan las fronteras. Se escucha una cacofonía de discursos fóbicos, en los que el miedo y el odio se dan cita. Discursos en los que se muestra, una vez más, la eficacia de la sinécdoque identitaria; la eficacia de esa nada noble mentira. Doble mentira: redundancia del nosotros, exclusión de(l) ellos. Mecanismo prepolítico y tecnología del poder.

EL DIFÍCIL LENGUAJE DE LAS SENTENCIAS¹

Carlos GÓMEZ MARTÍNEZ

El lenguaje de las sentencias está en relación directa con la función que, en cada momento histórico, se ha asignado a las decisiones de los jueces. La sentencia ha pasado de ser un acto de autoridad en el régimen absolutista a un acto de aplicación del derecho en el estado liberal y, finalmente, a un acto de explicación del derecho en el estado constitucional de derecho en la actual sociedad deliberativa. Cada una de las fases de esta evolución histórica no ha eliminado a la anterior sino que la ha integrado, de modo que podemos decir que la sentencia judicial es hoy a la vez, un acto de autoridad, un acto de aplicación del derecho y un acto de explicación del derecho. En esta secuencia histórica la importancia otorgada al lenguaje utilizado en las sentencias ha ido incrementándose.

Parece evidente que si la sentencia se concibe como un acto de autoridad el lenguaje que en ella se utiliza tiene escaso papel más allá de la pura inteligibilidad y las exigencias de claridad se limitan a las órdenes o mandatos contenidos en la resolución judicial de manera que puedan ejecutarse sin complicaciones derivadas de ambigüedades oscuridades o contradicciones. En un contexto en el que la sentencia es concebida como emanación de un poder soberano que se justifica de manera formal por el solo hecho de provenir de una determinada instancia o autoridad, “basta con que resulte claro el sentido del fallo al solo efecto de provocar una determinada actitud en el destinatario” (Perfecto Andrés Ibáñez)².

Paradójicamente, en un régimen de democracia pura, como la ateniense en tiempos de Clístenes, los tribunales de la Heliea, constituidos diariamente por sorteo de entre un cuerpo de seis mil ciudadanos tampoco motivaban sus sentencias, ni siquiera deliberaban, sino que oída la causa, el jurado compuesto por, al menos 201 miembros, pasaba ante las urnas y depositaba su voto³. La sentencia era, igualmente un acto de autoridad, pero en este caso, no emanada del monarca sino directamente del pueblo y, como tal no precisaba de justificación alguna ya que su modo de producirse, incluso en un lenguaje no verbal, evidenciaba que era la expresión del poder legítimo.

La motivación de la sentencia es consecuencia de su consideración como acto de aplicación de la ley. La Revolución Francesa y la atribución a la ley de la condición de fuente principal del derecho, en su nueva naturaleza de expresión de la voluntad general, significó un giro copernicano. El foco cambió de la persona del juez o de las garantías que ofrecía el jurado para centrarse en su sentencia, y para hacer visible la vinculación de ésta a la ley, se exigió la motivación. La sentencia pasó de ser un acto de autoridad, de potestad real, a ser un acto de aplicación del derecho.

1 Este trabajo ha sido la base de una intervención en la VII Giornate Internazionali di Diritto Costituzionale, celebrada en Pisa y Firenze los días 24 y 25 de septiembre de 2015.

2 Andrés Ibáñez, Perfecto. “La Argumentación y su expresión en la sentencia”, en *Lenguaje forense*, Estudios de Derecho Judicial nº 32, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2000, p. 33.

3 Olalla, Pedro. *Grecia en el aire. Herencias y desafíos de la antigua democracia ateniense vistos desde la Atenas actual*, Acantilado, Barcelona, 2015, págs.. 62 a 64.

En esta nueva etapa, el lenguaje de la sentencia adquiere, consecuentemente, una nueva importancia. En el paradigma propio del estado liberal el juez se siente cómodo, sobre todo, en el razonamiento jurídico, en “decir el derecho” que eso significa *iurisdictio*, concepto que, significativamente, omite en su etimología el discurso sobre los hechos. Las sentencias muestran una cierta indiferencia por el modo en que los hechos han quedado probados para lo que frecuentemente se conforman con expedientes confusos e inmotivados como la “íntima convicción” o la “apreciación conjunta de la prueba”⁴. En este modelo de Estado legislativo de derecho, la motivación se concentra, casi exclusivamente, en las cuestiones de derecho.

Pero en la actualidad, en la última fase de esta evolución, en el estado constitucional de derecho, además de un acto de autoridad y de aplicación del derecho, las sentencias son el instrumento mediante el cual los jueces intervienen en el debate en la esfera pública, en el sentido de Habermas, y, por ello, han de explicar del derecho y, a la vez, justificar en el espacio público de aparición, en terminología de Hannah Arendt, el poder que ejercen mediante su dictado. La sentencia es, a la vez, objeto de debate público y conformadora de la opinión pública. Dada la naturaleza cognoscitiva de la jurisdicción (Ferrajoli⁵), dicha justificación exige una motivación sobre la prueba de los hechos, indispensable en las sentencias penales y, cada vez más, en las que se pronuncian en los demás órdenes jurisdiccionales.

Y también, como instrumento de intervención en el debate en la esfera pública, la sentencia ha de ser expresión de la deliberación interna del juez o de la deliberación colegiada del tribunal en la ponderación de principios que es necesaria en la resolución de casos difíciles. Entonces los destinatarios de la sentencia no son ya solamente las partes, o los letrados de las partes, sino el público en general, lo que impone un cambio en el lenguaje de las sentencias para ponerlo al alcance de todos los que intervienen como actores o como espectadores en la esfera pública.

Es desde la actual situación en la que la sentencia es a la vez un acto de autoridad, de aplicación y de explicación del derecho desde la que la se va a intentar analizar el lenguaje utilizado en las resoluciones judiciales.

LA SENTENCIA COMO ACTO DE AUTORIDAD

Elementos propios de la sentencia como acto de autoridad se manifiestan tanto a su inicio como a su final, en su encabezamiento y en su parte dispositiva. En el encabezamiento se expresa el anclaje del juez en el contexto institucional y, por tanto, se suele hacer mención expresa de la procedencia de su autoridad, y en el fallo o parte dispositiva se concreta el contenido del acto de autoridad, donde la palabra del juez se transforma en mandato.

El encabezamiento de la sentencia

En el encabezamiento de la sentencia aparecen fórmulas como “En nombre de Su Majestad el Rey...” o “En nombre del pueblo español...”, o “Por la autoridad que me confiere la Constitución...”, que no son sino expresiones que destacan la naturaleza de la sentencia como acto emanado de la autoridad. La utilización de este tipo de expre-

4 Perfecto Andrés Ibáñez es el autor que, quizás con mayor intensidad ha tocado la cuestión de la motivación sobre los hechos. Por todas sus obras, basta citar la más reciente, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Trotta, Madrid 2015, p.. 251 a 283.

5 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, pp. 33 a 208.

siones rituales aporta un tinte decisionista y ubica el origen de la autoridad del juez fuera de la jurisdicción. Y si bien sitúa al emisor en su contexto institucional, merma la fuerza de la sentencia como texto tendente a convencer a su destinatario por la calidad de sus argumentos y no por la incorporación de un plus de autoridad no relacionado con la racionalidad de tales fundamentos. En cualquier caso, se trata de fórmulas retóricas de valor más bien simbólico. En concreto, la invocación al Rey tiene apoyatura en el artículo 117.1 de la Constitución Española (“La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial”), pero resulta significativo que no sea utilizada por el Tribunal Supremo y, en cambio, sí la use el Tribunal Constitucional que, como es sabido, no forma parte del poder judicial. En cualquier caso, conviene recordar que tanto el artículo 143 de la LECri, como el artículo 245.4 de la LOPJ lo que prevén es que lo que ha de encabezarse “en nombre del Rey” es la ejecutoria que, ella sí es, por su propia naturaleza, un acto de autoridad en cuanto que se trata de la misma sentencia pero ya en su función de acto con plena efectividad, capaz de producir una alteración de la realidad.

Aunque en los países de derecho continental con una judicatura burocrática y con jueces intercambiables, la persona del juez carece de relevancia, en el encabezamiento de las sentencias sigue vigente una cierta personalización del acto de justicia puesto que no solo se identifica el órgano que la dicta sino también el juez o la jueza o, en su caso, los miembros del tribunal, señalándose, en este último supuesto, quien intervino como ponente y quien asumió la presidencia en una suerte de re-personalización de la sentencia.

La parte dispositiva de la sentencia

La parte dispositiva de la resolución judicial concentra también elementos que recuerdan la naturaleza de la sentencia como acto de autoridad del juez, lo que es lógico si se tiene en cuenta que es precisamente el fallo el que contiene los enunciados performativos o realizativos de la sentencia. Se trata de una parte de la resolución judicial que, según terminología también propia de la pragmática, tiene fuerza perlocutiva, es decir, ordena el mundo acordando y determinando acciones y conductas⁶. La idea de autoridad viene muchas veces reforzada por el uso del verbo deber en primera persona del singular o del plural, dependiendo de si el órgano jurisdiccional es personal o colegiado, tanto en el proceso civil como en el penal, y con la utilización redundante o duplicada de los verbos condenar o absolver. Así, construcciones perifrásticas como “debo condenar y condeno” o “debo absolver y absuelvo” son habituales en nuestras sentencias. Resulta curioso que sea en este momento, solo en este, en el que el juez o el tribunal se pronuncien en primera persona del singular o del plural, asumiendo como propio el contenido de su decisión. En el resto de la sentencia el juez oculta su individualidad mediante fórmulas pasivas del tipo, “ha sido demostrado que” o impersonales con “se” como “se considera probado que” y, en cambio, en el momento de la decisión en sentido estricto, en el fallo o parte dispositiva, el juez recupera la individualidad que hasta ese momento ocultaba con la deliberada utilización de un lenguaje impersonal.

6 López de Sancho Sánchez, José Luis, y Nieto Moreno de Diezmas, Esther. “El lenguaje forense. Análisis pragmático del acto comunicativo judicial”. En *Lenguaje forense*, Estudios de Derecho Judicial nº 32, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2000, p. 87.

LA SENTENCIA COMO ACTO DE APLICACIÓN DEL DERECHO

Como acto de aplicación de la ley, la sentencia se expresa en un lenguaje, impersonal, “puro” y técnico-jurídico, en el que la tradición tiene un gran peso, un lenguaje estandarizado, que oculta la complejidad, que distorsiona la sintaxis y la gramática, que incluye arcaísmos, tecnicismos y latinismos, en un texto que desconoce las reglas de la edición. A cada uno de estos aspectos se hará referencia a continuación.

La impersonalidad del lenguaje

En el modelo positivista, al estar el juez sometido, únicamente, a la ley, queda excluido que en la redacción de la sentencia puedan utilizarse razones ajenas a las legales. Las apreciaciones personales del juez o de la jueza quedan relegadas a su fuero interno, a diferencia de lo que ocurre en ordenamientos jurídicos de tradición anglosajona en los que es habitual que el juez incluya consideraciones o reflexiones personales en su sentencia. En la tradición de los países de derecho continental la personalización del lenguaje puede entenderse como pérdida de imparcialidad, como abandono de la objetividad necesaria para juzgar que quedaría empañada si el juez aporta opiniones personales no traídas previamente al proceso.

Como ha escrito Javier Hernández:

“Los jueces anglosajones, desde su propio origen, han percibido su función en términos oraculares, descubridores del derecho que aplican, marcados por una intensa idea de transparencia, de “accountability”, mediante la expresión de opinión, escritas en primera persona, que responden a un preciso y reconocible discurso justificativo. Por el contrario, los jueces continentales, marcados por la idea de depositarios de la autoridad anónima del estado, siempre han rechazado cultural y deontológicamente la idea de la expresión de sus propios sentimientos”⁷.

En los antecedentes de hecho y en los hechos probados el juez adopta el punto de vista del narrador externo, y en los fundamentos jurídicos el del narrador interno, pero siempre con un discurso indirecto⁸. La impersonalidad es característica de lo que Posner⁹ llama el “estilo puro” de redactar sentencias, propio de los jueces que mantienen una concepción formalista del ordenamiento jurídico. Estos se dirigen a una audiencia compuesta por juristas, abogados y colegas de otras instancias. El emisor quiere convencerles de que al alcanzar un determinado resultado, el tribunal ha tomado en consideración todos los puntos objeto de debate procesal y que ha aplicado la ley tal como ésta es concebida por los lectores de sus sentencias. En cambio, según el mismo autor, los jueces que mantienen una concepción pragmática del derecho y que redactan sus sentencias en un estilo “impuro” prefieren utilizar un lenguaje coloquial, escribir como si fuese para ser oído más que para ser leído. No pretenden aparentar que saben más de lo que saben o expresarse como si tuviesen más confianza en lo que escriben que la que realmente tienen. Los jueces que escriben sus sentencias en un estilo “impuro” se dirigen a una audiencia amplia, compuesta por juristas y también por legos “que puedan ver más allá del artificio de la pedantería judicial”.

7 Hernández García, Javier, “Exigencias éticas y motivación”, en *Ética judicial: reflexiones desde Jueces para la Democracia*, Fundación Antonio Carretero, Madrid 2009, pág. 97.

8 Dell’Anna, Maria Victoria. “Profili discorsivi e argomentazione” en *Lingua e diritto*, Pisa, University Press, 2013, pp. 149 a 176

9 Posner, Richard, “Judges’ Writing Styles(And do they matter?)”, *62 University of Chicago Law Review* 1420 (1995)

El lenguaje de las sentencias tiene un marcado carácter técnico jurídico

En ese modelo del positivismo formalista que solo contempla la aplicación de las leyes como subsunción de los hechos probados en las reglas, se tiende a utilizar un lenguaje técnico jurídico, una jerga profesional, drásticamente separada del lenguaje natural que se usa normalmente en la generalidad de las relaciones humanas. Se corre así un grave riesgo de incompreensión por parte de la persona juzgada que deviene de esta manera víctima de lo que Derrida llama la violencia del lenguaje:

“Es injusto juzgar a alguien que no comprende sus derechos ni la lengua en la que la ley está escrita o en la que la sentencia es pronunciada. Podríamos multiplicar los ejemplos dramáticos de situaciones en las que se juzga en un idioma que la persona o el grupo de personas juzgadas no comprenden, a veces no muy bien y en ocasiones en absoluto”¹⁰.

En esta deriva técnico-jurídica, el lenguaje de las sentencias deviene oscuro y prolijo. La solución aportada desde la legislación, con llamamientos a la claridad, precisión y concisión de las sentencias, en los correspondientes preceptos de la ley procesal (artículo 218.1 de la LEC) o en la doctrina legal (especialmente con relación a los hechos probados en la jurisprudencia penal), es insuficiente dado que la falta de cumplimiento de tales requisitos solo adquiere transcendencia anulatoria de la sentencia en aquellos supuestos extremos en que se traduzca en una ausencia de motivación.

El peso de la tradición en la redacción de las sentencias

El derecho es para Ronald Dworkin¹¹ como una novela colectiva a la cual cada generación de juristas aporta un capítulo que, de un lado, ha de ser fiel al argumento para que la narración sea coherente pero, por otro lado, ha de innovar para poder así avanzar en la trama. El juez en sus sentencias reinterpreta el derecho y contribuye a su evolución. En cualquier caso, al ser la tradición el punto de partida, resulta evidente que el peso de esta es grande. Por eso dice Posner que la mayoría de los jueces “copian” el trabajo de sus predecesores y hacen pequeñas adiciones al corpus de resoluciones judiciales que hoy se cuentan por millones¹². Es como si hubiese un autor oculto de la sentencia, una voz distinta de la de la persona que la dicta y que se integra por las múltiples voces de los jueces que han precedido en el ejercicio de sus funciones. Cuando el juez redacta una sentencia cambia el lenguaje propio por el que entiende que es el de la profesión. Así se explica que el lenguaje judicial suela tener un cierto carácter arcaizante y que el judicial sea uno de los últimos ámbitos a los que llegan las innovaciones en el lenguaje, incluso el idioma utilizado, pues es sabido que aún se usaba el latín en el foro cuando las lenguas romances eran ya ampliamente utilizadas entre la población e incluso en la literatura de calidad. Es más, la inseguridad propia del joven juez o de la joven jueza —en España son hoy mayoría las mujeres que anualmente ingresan en la Escuela Judicial— les lleva a un mimetismo respecto del estilo de escribir sentencias de los altos tribunales cuya jurisprudencia constantemente consultan. Parece como si adoptar un lenguaje semejante al de sus mayores hiciese que la sentencia sea considerada, al menos formalmente, como mejor redactada y se pierde así la capacidad de renovación y puesta al día del lenguaje que, en principio, habría que esperar de las nuevas generaciones.

10 Derrida, Jaque, *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*. Tecnos, Madrid 1997, p. 42.

11 Dworkin, Ronald. “Cómo el derecho se parece a la literatura”, en *La Decisión Judicial. El Debate Hart-Dworkin*. Siglo del Hombre Editores. Bogotá, 2002, pp. 143-181

12 Ob. cit., p. 1435

La sentencia y el tratamiento de la singularidad

Frente a la generalidad que es propia de la ley, la jurisdicción contempla cada caso uno a uno en su singularidad. El juicio, en sentido amplio es Según Hannah Arendt, “esa misteriosa cualidad del espíritu gracias a la cual lo general, una construcción mental [en el caso del juez, una construcción legal] se une a lo particular”¹³. Y es que, en efecto, la jurisdicción es especialmente apta para dar respuesta a la creciente demanda contemporánea de reconocimiento de la individualidad. Según Rosanvallón, hemos ingresado en una sociedad de la particularidad en la que se hace preciso, cada vez más, estar atento a situaciones individuales y tratar casos particulares¹⁴, con una más profunda preocupación por la singularidad de cada individuo¹⁵, para tener en cuenta la particularidad de las situaciones, para apreciarlas en todas sus dimensiones¹⁶, con una inmersión radical en lo concreto del mundo para captarlo en su diversidad y complejidad. Dice Rosanvallón: “Cada cual quiere estar seguro de que ha sido escuchado, de ver que su problema es reconocido, de saber que, de alguna manera, cuenta”¹⁷.

Si en la redacción de la sentencia se utilizan expresiones hechas y fórmulas estandarizadas, el destinatario puede tener la impresión de que su caso no ha sido objeto de un tratamiento singularizado, que es la aspiración del ciudadano que acude ante un tribunal. La sentencia debe contener elementos que se correspondan al principio de escucha activa de manera que las partes puedan comprobar que el juez ha atendido y comprendido sus argumentos. Los jueces somos “oidores”, así se nos nombraba en *Las Partidas*, frente a los “voceros de las partes” que eran los representantes de los litigantes, y esa denominación se mantuvo durante la alta edad media y el absolutismo, hasta la Constitución de 1812. Aún hoy, en España los tribunales de segundo grado se siguen denominando “audiencias”, es decir, el lugar en el que se oye, o mejor dicho, se escucha. En Francia se llama “auditeurs de justice” a los alumnos de la Escuela Nacional de la Magistratura que han aprobado la oposición y se hallan en fase de formación inicial.

La escucha activa es indispensable para que quien habla, quien se dirige al juez oralmente o por escrito se sienta reconocido y las sentencias deben reflejar que esa escucha atenta del caso en particular, efectivamente ha tenido lugar y que la resolución judicial es, precisamente, la respuesta, sea esta conforme o no con los intereses de las partes.

La ocultación de la complejidad

Uno de los recursos retóricos más utilizados en el lenguaje de las sentencias es el de la simplificación de los problemas. Se tiende a ocultar la complejidad para así dar mayor asertividad a las afirmaciones contenidas en la motivación. Decía no hace mucho un magistrado del Tribunal Constitucional español, con una larga experiencia jurisdiccional, que cuando lee en una sentencia una proposición apodíctica del tipo “es evidente que...” o “no cabe la menor duda al tribunal de que...”, hay que ponerse en posición de alerta porque es casi seguro que ahí, precisamente, ahí, hay un problema¹⁸. Y es que al juez o a la jueza, en la vieja concepción de su sentencia como acto de autoridad, le cuesta hacer aflorar en ella sus dudas o los problemas que ha tenido para llegar a la decisión.

13 Arendt, Hannah, *La vida del espíritu*, Paidós, Barcelona, 2014, p. 91

14 Rosanvallón, Pierre., *La legitimidad democrática*, Paidós, Barcelona, 2010, p. 245

15 Rosanvallón, ob. cit., pág. 38

16 Rosanvallón, ob. cit., pág. 141

17 Rosanvallón, ob. cit., pág. 252

18 Juan Antonio Xiol Ríos, “La imparcialidad judicial”, en el curso sobre ética judicial, celebrado en el Servicio de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial los días 22 a 22 de mayo de 2015 en Madrid.

En realidad, la judicatura se debate hoy en día entre dos modelos de juez que se corresponden a dos modelos de derecho, dos paradigmas que Josep Aquiló Regla denomina positivista o legalista y post-positivista o constitucionalista¹⁹. En el modelo positivista se aplican reglas en las que se subsumen los hechos probados, y los conflictos entre reglas se resuelven mediante la exclusión de una de las dos. En el modelo post-positivista, además de reglas se aplican principios y los conflictos entre éstos no se resuelven por exclusión sino por ponderación, lo que quiere decir que un principio prevalece sobre el otro que no queda totalmente derrotado. El conflicto de reglas se resuelve por consistencia lógica. El conflicto de principios se resuelve por coherencia que incluye, en ocasiones, componentes valorativos.

Pues bien, los jueces españoles no estamos aún suficientemente acostumbrados a ponderar en nuestras sentencias, a utilizar en ellas la técnica del “balancing”, más habitual en el mundo jurídico anglosajón. Cuesta hacer aflorar las dificultades, las posiciones divergentes sobre una cuestión, o las dudas que plantea un determinado punto de hecho o de derecho y tendemos a redactar la sentencia como si el problema ya estuviese solucionado de antemano.

La deliberación que precede a la toma de decisión — con uno mismo si se trata de un órgano unipersonal, en cuyo caso se confunde con la reflexión — no es llevada, por lo general, al texto de la sentencia. En la deliberación se acude con frecuencia a la “ponderación” entre principios y se suelen tener en cuenta las consecuencias de adoptar una u otra decisión, consideraciones que, sin embargo, no son llevadas después a la redacción de la sentencia que se hace en términos puramente principialistas. Existe, pues, un notable decalaje entre la argumentación real y la argumentación formal de la sentencia, siendo esta última la única que se hace visible al traducir en palabras la decisión y sus fundamentos. Muchas veces el lenguaje no cumple su función de hacer emerger lo indecible y el verdadero argumento no aparece y, por tanto, resulta inexistente en el mundo del derecho.

Los votos particulares, ya sean discrepantes o concurrentes o la opinión de cada juez del tribunal que integra la sentencia (como ocurre en Inglaterra con las “*seriatim opinions*”), si bien sirven para reflejar la pluralidad de opiniones jurídicas frente a ciertos casos difíciles, se expresan en el mismo lenguaje puramente formal de las sentencias y en ocasiones no contribuyen a la mejor comprensión de la decisión aunque sí proporcionan una imagen no monolítica de la función judicial y favorecen que se visualicen las dificultades de la adjudicación. Dice Posner en su alabanza de los jueces que optan por usar el lenguaje impuro que estos “tratan, dentro de los límites de sus habilidades, de permanecer fieles a la complejidad de los problemas que están tratando y rechazan tomar la afirmación fácil como solución”²⁰.

La torsión de la sintaxis

Es generalizada la atribución a las sentencias de falta de claridad. Edmundo Rodríguez Achútegui califica esta crítica como “recurrente” y “a veces merecida”, y hace referencia a estudios sociológicos que le dan sustento²¹. La Comisión de modernización del lenguaje jurídico del Ministerio de Justicia, que confeccionó el Informe de 2011 señala

19 Aquiló Regla, Josep, “Sobre derecho y argumentación”, Leonard Muntaner, Palma 2008, pp. 16 a 28

20 Ob. cit.

21 Rodríguez Achútegui, Edmundo. “El lenguaje de la sentencia y la exigencia de hechos probados en el orden jurisdiccional civil y contencioso-administrativo”, ponencia presentada en el curso “Poder Judicial y Servicio Público” organizado en el Servicio de Formación Continuada del Poder Judicial del 28 al 30 de noviembre de 2005

que “las quejas formuladas ante el Servicio de atención al ciudadano del Consejo General del Poder Judicial indican que el lenguaje jurídico es críptico y oscuro”²².

Joaquín Bayo²³ apunta que el estilo de las sentencias es “barroco” lo que se explicaría históricamente por “la ausencia de puntos y aparte para evitar la intercalación de palabras y el sistema de arancel de los antiguos escribanos o secretarios que reproducían textos dentro de otros textos para aumentar su longitud y, por ende, sus derechos arancelarios” La sentencia se concebía como una oración única con “fallo” o “fallamos” como verbo principal. Señala el mismo autor, filólogo y juez, que “sin duda, la característica más acusada del lenguaje forense, especialmente el judicial, es la estructura sintáctica”.

En efecto, se observa en las sentencias una evidente resistencia al uso del punto, tanto del punto y seguido que permite acortar las frases y diferenciar enunciados, como del punto y aparte dentro de cada uno de los fundamentos de hecho o de derecho, en perjuicio de la comprensión ya que a cada contenido diferente le corresponde un párrafo separado por puntos y aparte, con independencia de la numeración de los antecedentes de hecho y de los fundamentos de derechos.

En la vía de diferenciar cada uno los argumentos dedicándole una sola unidad de texto, recientemente se ha ido instaurando la práctica de poner títulos o subtítulos a cada uno de los fundamentos de derecho, lo que en muchos casos contribuye a la claridad de las sentencias. En segundo lugar, la concatenación excesiva de oraciones subordinadas dificulta la identificación de la oración principal y su verbo y, por tanto, la comprensión del texto. Esta práctica venía favorecida por el hecho de tener que empezar cada fundamento jurídico con el pié forzado de un gerundio —“resultando” o “considerando”—, lo que ya no se hace desde que lo excluyera el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.

Valga decir aquí, que con anterioridad a dicho precepto, la inaugural sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de enero de 1981, fue la primera resolución en nuestro país sin resultandos ni considerandos. El lenguaje del Tribunal Constitucional asumía así un papel modernizador que no era meramente simbólico ni limitado al lenguaje y que le llevaría a desempeñar un papel de vanguardia en la adaptación de la cultura jurídica del país a la Constitución.

La distorsión de la gramática

Dentro de cada oración, también las palabras se utilizan y combinan entre sí en las sentencias con arreglo a patrones heredados de un pasado de lenguaje forense separado y distinto del lenguaje común utilizado por la generalidad de los hablantes en una suerte de deseo inconsciente de marcar una diferencia indicativa de un enfoque puramente técnico-jurídico a las cuestiones objeto de la decisión judicial que a menudo produce el efecto de alejamiento de la realidad. Algunos de estos usos del lenguaje no viola las reglas gramaticales, “pero su aparición confiere al texto un carácter formulario y arcaico que lo aleja del destinatario”²⁴.

La proliferación de gerundios en las sentencias contribuye su pesantez y oscuridad. Joaquín Bayo ha dicho que “sin duda, el gran protagonista, el “cemento” que todo lo

22 <https://www.administraciondejusticia.gob.es>

23 Bayo Delgado, Joaquín, “El lenguaje forense: estructura y estilo”, en *Lenguaje forense*, Estudios de Derecho Judicial nº 32, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2000, p. 38

24 Así se indica en la Recomendación del Informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico de 2011, Ministerio de Justicia respecto del empleo de formas arcaicas del subjuntivo.

une en el lenguaje del foro es el gerundio del que se hace uso y tremendo abuso”²⁵. El gerundio no solo es de uso excesivamente frecuente, sino a menudo incorrecto por tratarse de un gerundio especificativo, que ha de ser sustituido por una oración relativa, o un gerundio de posterioridad, que ha de ser reemplazado por un oración coordinada²⁶.

Aparecen en las sentencias tiempos verbales en desuso como el futuro de subjuntivo, tanto imperfecto como perfecto, el pretérito perfecto del subjuntivo en su forma acabada en “ra” —matara, o el futuro de subjuntivo acabado en “re” —matare, tan frecuente en el Código Penal. Se utiliza la forma pasiva —“la demanda fue contestada”— con mucha más frecuencia que en el lenguaje natural, incluso la pasiva refleja —“se contestó la demanda”— y, para colmo, la pasiva refleja con complemento agente —“se contestó la demanda por el demandado”, en lugar de “el demandado contestó la demanda”—. Se abusa en el lenguaje forense de términos anafóricos para evitar la repetición de algo ya dicho (“el mismo”, “este”...); con frecuencia se colocan los adjetivos antes que el sustantivo, lo que puede alterar el significado, o se omite indebidamente el artículo²⁷, etc.

Arcaísmos, tecnicismos y latinismos

Julio Picatoste ilustra muy bien los efectos de la utilización de un lenguaje arcaico en textos judiciales especialmente relevantes, como son los actos de comunicación:

“Cuando el desprevenido ciudadano recibe en su domicilio una cédula de citación donde se le dice, con fórmula tan arcaica como ambigua, que de no comparecer “le parará el perjuicio a que hubiere lugar en Derecho”, no puede sino sentir cierta inquietud. Este mensaje no informa, sobresalta. Con frecuencia, el receptor de la citación no sabe a ciencia cierta por qué y en qué concepto es llamado ante el tribunal; diríase que la cédula está concebida para que su lectura despierte en él un extraño y kafkiano sentimiento de culpa. ¿Por qué empeñarse en notificar al atribulado ciudadano un “proveído” y avisarle de que podrá comparecer “a medio de” procurador y que, de no hacerlo, podrá “decaer en su derecho” o que la resolución judicial “pasará en autoridad de cosa juzgada”? ¿Y qué podrá entender cuando se le cita en cumplimiento de un “exhorto”? A veces los términos utilizados tienen un sentido ambivalente; asombro y confusión producirá al citado que lo sea bajo apercebimiento de ser declarado “rebelde” —¡ya será menos!—; otras veces esa ambivalencia tiene tintes jocosos; así ocurre cuando el testigo es llamado a “deponer” ante el tribunal —¡cuánto atrevimiento!— o alguien es apremiado a “evacuar” en plazo un determinado trámite o, en fin, cuando al cierre del acta judicial se dice que el juez firma “con las partes”²⁸.

Los arcaísmos han de ser sustituidos, cuando ello es posible, por palabras del lenguaje común y los tecnicismos han de ser explicados²⁹ y, en consecuencia, podrá advertirse al ciudadano citado de que, en caso de no comparecer, “puede quedar privado de alegar lo que a su derecho convenga”, que lo que se le notifica es una “resolución judicial o del secretario”, que para comparecer “ha de otorgar su representación a un procurador”, que si no comparece en forma puede “seguirse el procedimiento en su ausencia” y la resolución judicial puede “devenir firme”, que se le cita para el cumplimiento de un acto de “auxilio judicial”, que es citado para “declarar en juicio como testigo”, que

25 Ob. cit., p. 56.

26 Recomendación del Informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico de 2011, Ministerio de Justicia.

27 Todos estos usos forzados de las reglas gramaticales aparecen mencionados en la obra de Joaquín Bayo antes citada, págs. 56 a 64.

28 *El Faro de Vigo*, 28 de mayo de 2010.

29 Así lo aconseja la Recomendación del Informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico de 2011, Ministerio de Justicia

ha de “realizar un determinado trámite en el plazo que se fija” y que el juez firma “con las personas que han comparecido en el acto o han intervenido en él como partes”.

Los manuales de estilo recomiendan la sustitución de las locuciones latinas por su significado o bien la incorporación de su traducción entre paréntesis. Vale la pena hacer mención aquí del nuevo valor que los latinismos han adquirido como palabras clave para localizar sentencias en las bases de datos. Expresiones como *rebus sic stantibus* o *contra proferentem* permiten identificar inmediatamente las sentencias que hacen referencia a la doctrina de la alteración de las bases del negocio o la regla de interpretación de los contratos.

El desconocimiento de las reglas de la edición de textos

Por si todo lo anterior fuera poco, los jueces y juezas ignoramos las reglas de la edición que se hacen necesarias para la reproducción de textos. La informática ha hecho que los jueces no solo escribamos sino que, también, demos formato y “maqueteemos” las sentencias que llevamos en un “pen drive” o remitimos por correo electrónico a la Secretaría del Tribunal. Nos hemos convertido en editores de nuestras sentencias.

La falta de seguimiento de reglas uniformes en materia de incorporación a las sentencias de textos ajenos esta contribuye de modo determinante a la falta de claridad de los textos, con citas dentro de citas, con tratamientos indiferenciados para citas largas o cortas. Generalmente se entiende que las citas largas han de aparecer en un párrafo separado, sangrado en el margen izquierdo y sin comillas³⁰. En cuanto a la cita de leyes y sentencias de otros tribunales, la falta de uniformidad es total. Quizás sea aconsejable seguir en estos extremos las pautas del Tribunal Supremo.

LA SENTENCIA COMO ACTO DE EXPLICACIÓN DEL DERECHO

Ya se ha dicho con anterioridad que en el escenario público del Estado constitucional de derecho, la sentencia cumple una nueva función: la explicación del derecho de manera que, simultáneamente, se haga explícita la justificación del poder del juez en cada caso que resuelve. En su concepto de espacio público en la democracia deliberativa, Habermas distingue dos ámbitos. Uno es el estrictamente estatal, el propio de las instituciones. Otro es el de la esfera pública, expresión del compromiso informal de la sociedad civil en el que participan ciudadanos, entidades y medios de comunicación³¹.

Pues bien, si tradicionalmente la sentencia operaba en el espacio público en sentido restringido, el reservado a las instituciones, hoy muchas sentencias actúan en la esfera pública en sentido amplio, en el debate propio de la democracia deliberativa, conformando la opinión pública y no solo resolviendo un conflicto específico afectante a las partes mediante la aplicación de la ley, como ocurría tradicionalmente.

Dice Olivier Abel: “la sentencia no permanece encerrada en el recinto de los tribunales: se encuentra igualmente en medio de la plaza pública, o en la más mínima conversación entre amigos y en todo lugar en el cual un juicio reflexivo abra una comunicación posible”³².

La resolución judicial ha ocupado ese lugar en la esfera pública impulsada por un conjunto de fenómenos como son el protagonismo no buscado que han tenido que

30 Así lo aconseja la Recomendación del Informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico de 2011, Ministerio de Justicia

31 Habermas, Jürgen, *Entre naturalismo y religión*, Paidós, Barcelona, 2006, p. 131.

32 Abel Olivier, *Paul Ricoeur. La promesse et la règle*, Éditions Michalon, 1996, p. 58.

asumir los jueces en la investigación y castigo de la corrupción, en procesos que han despertado un inusitado interés público y un seguimiento mediático milimétrico; o la asunción de la función de paliar los efectos más devastadores de la crisis económica con innovadoras resoluciones en materia de protección del deudor sometido a un proceso de ejecución hipotecaria y de protección del consumidor y del inversor minorista frente a prácticas bancarias abusivas, en una feliz cooperación con el Tribunal Europeo de Justicia, al que se han planteado inteligentes cuestiones prejudiciales.

En la ocupación de la plaza pública por parte de las sentencias han influido factores más de fondo, como son la incapacidad de otros poderes y de otras instituciones para resolver de manera convincente problemas derivados del pluralismo cultural y de valores que caracteriza nuestra sociedad, la necesidad de garantizar el respeto de las minorías, la problematización de los derechos fundamentales que los jueces estamos llamados a garantizar y que se han presentado en ocasiones por el ejecutivo o por algunos sectores de la opinión pública como obstáculos para la lucha contra la delincuencia, especialmente la organizada y el terrorismo, y la propia naturaleza de “contrapoder” o “poder contramayoritario” del poder judicial individualmente ejercido por cada juez y jueza que hace que, en su dimensión judicial, puedan prosperar posiciones que difícilmente podrían hacerlo en el ámbito del ejecutivo o del legislativo, en los que rige el criterio de la mayoría.

En estos últimos tiempos la justicia ha desempeñado en España el papel que le atribuye Ricoeur de “último refugio de la palabra pública”³³. Ahora bien, si hemos visto que el lenguaje de los jueces es difícilmente apto para que pueda cumplir eficazmente su función de hacer visible que la sentencia es un acto de aplicación de la ley, mucho más difícil será que la sentencia, tal como se viene redactando en la actualidad, pueda cumplir sus nuevas funciones en el espacio público entendido en sentido amplio como esfera en la que la sociedad civil y las instituciones intervienen en la deliberación democrática. Los defectos antes apuntados que se traducen en una falta de claridad, se ven multiplicados si contemplamos la sentencia como un acto dirigido no ya solamente a las partes o a sus abogados o al foro, sino como un documento con potencialidad conformadora de la opinión pública.

Para empezar, en esa esfera, los documentos escritos tienen una eficacia comunicativa limitada y, en todo caso, menor que el sonido o, especialmente, la imagen. En España la imagen y la voz de todos los juicios se graban obligatoriamente, pero la sentencia es un documento escrito. En general no hay lectura en público de la sentencia y mucho menos se graba dicho acto. Pero aun cuando así se hiciese, la lectura de una sentencia carecería de atractivo alguno. Además, con frecuencia ocurre que a la opinión pública le interesa mucho más el fallo o parte dispositiva de la resolución judicial que los fundamentos jurídicos que son largos farragosos y que solo se leen por juristas y, en el mejor de los casos, por periodistas especializados. Ello ha hecho que sea práctica habitual que los Gabinetes de Prensa con que cuentan hoy los tribunales tengan que confeccionar a menudo un comunicado a los medios informativos explicando, en sus líneas esenciales, el contenido de una determinada sentencia. Se abre así otro mundo, el de la redacción no ya de la sentencia sino del texto que explica la sentencia para que el público la entienda, lo que, a su vez, es expresivo del fracaso de la resolución judicial como texto que debería ser suficiente en sí mismo para explicarse dado que esa es, precisamente, la finalidad de toda la motivación.

La sentencia, considerada como acto de explicación del derecho que ha de operar como conformadora de la opinión pública en la democracia deliberativa es todavía un

33 Ricoeur, Paul, *Le juste, la justice et son échec*, Éditions de l'Herne 2005, p. 60

proyecto, un reto, para enfrentarse al cual es preciso definir el uso adecuado de las bases de datos en la redacción de las resoluciones judiciales y potenciar el valor de éstas como acto comunicativo. A estos temas nos referiremos a continuación, para finalizar con algunas propuestas de mejora a través de la formación de los jueces, los libros de estilo y, también, la ética judicial.

La sentencia y el uso de las bases de datos

El acceso ya generalizado a las bases de datos de jurisprudencia produce, obviamente, efectos beneficiosos. Uno de ellos es el aumento de la seguridad jurídica o confiabilidad del sistema. Las bases de datos actúan como recordatorio de la jurisprudencia sobre una determinada materia, incluso de lo que ha decidido el mismo tribunal sobre una determinada cuestión lo que supone un incremento, de hecho, de la vinculación del juez a la jurisprudencia (vinculación todavía no consagrada legalmente a diferencia de lo que ocurre con la doctrina constitucional) y una garantía de fidelidad del tribunal a sus propios precedentes que, antes, por no constar en una colección oficial, podían ser involuntariamente obviados. Hoy las sentencias de una Sección de la Audiencia Provincial están al alcance de cualquier jurista que, al formular el recurso de apelación, o al oponerse al recurso, recuerda a la Audiencia a la que se dirigen cuáles son sus propios precedentes, a los que, en principio, el tribunal ha de ser fiel a no ser que, con una argumentación reforzada, razone los motivos por lo que cree necesario apartarse de la interpretación anterior.

Pero la informatización de la consulta de jurisprudencia tiene también algunos efectos negativos. En efecto, hasta hace poco las “buenas sentencias” eran aquellas en las que, tras una aseveración, se reseñaban las resoluciones del Tribunal Supremo en las que se había establecido la doctrina que el juez recogía. Se trataba de una demostración de que el redactor “estaba al día”, una muestra de erudición jurídica y del esfuerzo personal del juez que tenía que ir leyendo las correspondientes colecciones públicas o privadas y haciendo un seguimiento personal de la jurisprudencia confeccionando sus propias fichas. Es evidente que hoy el conocimiento de la jurisprudencia no tiene el mismo valor. Utilizando una base de datos accedemos a las más recientes sentencias del Tribunal Supremo sin apenas esfuerzo personal. Citar “copiosa jurisprudencia”, no tiene hoy el mismo valor, pero lo cierto es que se sigue operando con categorías anteriores a la implantación de las TIC y no es infrecuente encontrarse con sentencias que no sólo citan sino que, además, “copian y pegan” —se trata de simples funciones informáticas que ni siquiera exigen la lectura completa del texto reproducido— sentencias de otros órganos jurisdiccionales, y dedican, en cambio, escasa atención a la resolución del caso concreto.

Pero, además, la consulta de bases de datos de jurisprudencia tiene un carácter más bien informativo que formativo. Si el juez o el jurista necesita saber algo sobre una cuestión el buscador, debidamente utilizado, se lo proporcionará. Antes, la búsqueda personal de sentencias obligaba a la lectura de muchas sentencias del Supremo, hasta que se daba con la resultaba útil al caso. De ese modo el juez conocía no solo la concreta cuestión que precisaba para la resolución del caso que tenía entre manos, sino también las zonas periféricas a dicha cuestión e iba adquiriendo así un conocimiento “en círculos concéntricos” con los que, caso a caso, podía ir abarcando una determinada rama del derecho. Hoy ello no es necesario, como tampoco es preciso leer día a día las publicaciones sobre jurisprudencia. Cuando lo requiera, acuciado por la urgencia de resolver un asunto, el juez consultará la base de datos y con ello ya se colman sus necesidades concretas, pero quizás no las necesidades de formación continua que es la que le per-

mite discriminar, calibrar y diferenciar prioridades entre las múltiples informaciones que contienen las bases de datos.

Si, como hemos dicho más arriba, el derecho es para Dworkin como una novela a la cual cada generación de juristas aporta un capítulo que, de un lado, ha de ser fiel al argumento para que la narración sea coherente y, por otro lado, ha de innovar para hacer avanzar la trama, corremos el riesgo de la petrificación del derecho, la esclerotización, al sustituir la motivación por la reproducción “ad infinitum” de párrafos enteros de jurisprudencia por el fácil procedimiento de “copiar y pegar”. El “copiar y pegar” no solo merma las potenciales de la sentencia como acto de explicación de derecho, sino que, además, afecta a las funciones tradicionales de la sentencia como acto de aplicación del derecho, e incluso como acto de autoridad. En efecto, si hemos dicho que el recurso a la jurisdicción supone, muchas veces, una demanda de reconocimiento de la singularidad, esta finalidad queda frustrada si la respuesta que recibe el ciudadano a su caso, es una ristra de sentencias de otros tribunales dictadas en casos ajenos. El uso y abuso del “copiar y pegar” fácilmente puede generar en los destinatarios de la sentencia frustración por la sensación de haber sido decidido su caso siguiendo una rutina estandarizada que nada tiene que ver con la función de juzgar que consiste, precisamente, en reducir la generalidad de la ley a la particularidad del caso concreto objeto del juicio. Ese tratamiento estandarizado es contrario a la dignidad humana que, según Hannah Arendt, “exige que cada uno de nosotros sea visto en su particularidad”³⁴.

Pero, además, la copia de párrafos enteros de otras resoluciones priva a las sentencias de su dimensión de acto de autoridad con la que, como hemos visto, nacieron en sociedad. En efecto, al incorporar de modo acrítico a su sentencia, las resoluciones de otros órganos judiciales el tribunal está enviando el mensaje el tribunal de que, en realidad, el caso no lo está decidiendo él, sino el órgano jurisdiccional a cuya sentencia se remite. Es como si perdiese su autoridad dado que, al menos en parte, no es él, sino otro y otros tribunales los que deciden. Lo ha dicho Hannah Arendt: Cuando en el discurso se repiten opiniones o pensamientos ajenos, entonces se reviste de falta de autoridad”³⁵.

La sentencia como acto de comunicación

La pragmática puede arrojar nueva luz sobre la sentencia como acto comunicativo. Se trata de aquella disciplina lingüística que no solamente toma en consideración las palabras y las oraciones, sino que contempla el lenguaje asociado a su uso en un determinado contexto. La pragmática permite contemplar la sentencia no como puro relato descontextualizado producido por el emisor, sino también como discurso que aparece en un marco de referencia, como un acto bilateral en el que el destinatario ocupa un lugar esencial.

Grice³⁶ enunció lo que denomina “Principios de Cooperación” que regulan el acto comunicativo y que se manifiestan como cuatro máximas que, según el autor, debe cumplir el texto comunicativo para que no resulte en un acto frustrado: Máxima de Cantidad, Máxima de Calidad, Máxima de Relevancia o Pertinencia y Máxima de Modo o Manera. La Máxima de Cantidad consiste en proveer la cantidad de información necesaria, ni más ni menos; la Máxima de Calidad equivale a decir tan sólo aquello que consideremos que es verdad, la de Pertinencia consiste en expresarse siguiendo un tema y no saltando de cuestión a cuestión sin profundizar mínimamente en ninguna, en definitiva, decir lo

34 Arendt, Hannah., op. cit., p. 470

35 Arendt, Hannah., *ibid.*, p. 142

36 www.lacoctelera.com/piluky/post/2007/

que viene a cuento, y finalmente, la Máxima de Manera exige ser claros y precisos en los enunciados. De esta última máxima emanan cuatro directrices que, sin duda ayudarían a que la sentencia, con su motivación, cumpliera una función de texto comunicativo: Evitar la oscuridad, evitar la ambigüedad, ser breve y ser ordenado³⁷.

Ahora bien, dada su naturaleza de acto de autoridad y acto de aplicación del derecho para resolver un caso concreto, es muy probable que el valor comunicativo de la sentencia alcance su máxima eficacia, también en el amplio marco de referencia de la esfera pública, si su lenguaje adopta la forma adecuada para hacerse comprensible por el ciudadano en cuestión que recaba la tutela judicial efectiva, si es una respuesta a un conflicto concreto, y no un mensaje directamente dirigido a toda la opinión pública que convertiría a la sentencia en un acto político con la correlativa pérdida de especificidad.

Con todo ello quiere decirse que al operar la sentencia en el espacio público ampliado, especialmente en casos que han despertado el interés mediático, su lenguaje ha de continuar siendo el del acto de aplicación del derecho y acto de autoridad, sin dejarse arrastrar por los cantos de sirena del discurso político que le haría perder la naturaleza que le es propio, lo que no está reñido con la necesaria claridad del lenguaje.

La formación de los jueces

Señala Perfecto Andrés Ibáñez que el lenguaje forense “traduce un estado de cultura, una manera de entender el propio oficio ... nos sirve para decir, pero a la vez, dice mucho de nosotros mismos”³⁸.

No puede obviarse que los jueces, como la mayoría de los juristas, hemos sido formados en el positivismo jurídico que, como se ha visto, favorece un estilo de redacción “puro”, es decir, técnico-jurídico, de difícil comprensión. Resulta significativo que en España la oposición de acceso a la carrera judicial no incluya ni una sola prueba escrita, pese a que una parte importantísima del trabajo de juez consista, precisamente, en escribir autos y sentencias. Con el test de preselección, seguido de dos pruebas orales, se decide sobre el ingreso en la Escuela Judicial, y prácticamente, en la carrera, sin que el tribunal de la oposición haya tenido ocasión ni siquiera de leer un texto escrito por el candidato. Esta situación contrasta con la de otros países que siguen el mismo modelo burocrático-continental de carrera judicial, como Italia, donde las pruebas de acceso son escritas, o Francia, donde las pruebas escritas son esenciales. En este último país una de las pruebas escritas es de síntesis. El candidato ha de resumir un texto jurídico. La existencia de un examen de este tipo es reflejo del modelo de redacción de sentencia que se requiere para el futuro juez: la resolución judicial habrá de ser un documento de síntesis, no un texto de exhibición barroca de los conocimientos jurídicos.

La formación de los jueces y de las juezas en materia lingüística es tanto más necesaria cuanto que el lenguaje de las sentencias es, en cierta manera, un “metalenguaje”, es decir, es un lenguaje que habla sobre el lenguaje en la medida en que interpreta las palabras utilizadas en la ley, en los contratos u otros documentos, o los términos en que se ha expresado un testigo. En España, la existencia de un módulo sobre redacción de sentencias en la fase de formación inicial y la celebración esporádica de algún curso de formación continuada sobre el mismo tema no son suficientes para vencer la tendencia

37 Frías Conde, Xavier, “Introducción a la pragmática”. www.romaniaminor.net, pp. 16-17.

38 Andrés Ibáñez, Perfecto, “La Argumentación y su expresión en la sentencia”, en *Lenguaje forense*, Estudios de Derecho Judicial nº 32, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2000, p. 31

al lenguaje técnico y oscuro que se deriva de la formación anterior y de la inmediata incorporación al modo tradicional de redacción de sentencias que va a asumir sin contraste con otros modelos el juez o la nueva jueza.

Los libros de estilo

Ante la falta de eficacia de una exigencia de claridad de las sentencias legalmente impuesta, en los últimos tiempos se ha venido optando por el *soft law* de los manuales de estilo. Ya se ha mencionado el Informe de la Comisión de modernización del lenguaje jurídico, publicado en 2011 por el Ministerio de Justicia que contiene recomendaciones útiles para simplificar la redacción de las sentencias. En otros países existen guías o manuales semejantes, como la “Guía canadiense para la preparación uniforme de sentencias” de 1996, revisada en 2010, que contempla expresamente la sentencia como documento electrónico.

El *Plain English Movement*, surgido de la obra de Gowers, *Plain English*, publicada en 1948 o la creación, por el Gobierno Francés, en 1973, de la Comisión de modernización del lenguaje judicial, son expresivos, a la vez, de la toma de conciencia sobre la importancia adquirida por la claridad del lenguaje judicial, y de la insuficiencia de los mecanismos tradicionales de control para conseguirla

La claridad en el lenguaje como principio de ética judicial

La exigencia de claridad en las resoluciones judiciales es objeto de tratamiento en los códigos de ética judicial o principios deontológicos de la judicatura. Así, el Código Modelo Iberoamericano establece en su artículo 27 que:

“las motivaciones deben ser expresadas en un estilo claro y preciso, sin recurrir a tecnicismos innecesarios y con la concisión que sea compatible con la completa comprensión de las razones expuestas”.

Y la declaración de Londres señala que:

“La buena comunicación también está presente en sus sentencias [de los jueces] (escritas u orales). Un juez garantiza que sus sentencias son inteligibles. Da las razones de su decisión de manera que cualquier persona relacionada pueda entender la lógica en la que el juez fundamentó su decisión”.

Finalmente, la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, aprobada por el Congreso de los Diputados el 22 de abril de 2002 recoge una preocupación por la claridad en el lenguaje judicial para la efectividad del derecho de los ciudadanos a comprender las comunicaciones procedentes de los órganos judiciales, que es la base sobre la que descansa la posibilidad de ejercicio de cualesquiera otros derechos de los que los justiciables pudieran ser titulares. Así, en su número 5 requiere que las resoluciones judiciales, “contengan términos sencillos y comprensibles, evitándose el uso de elementos intimidatorios innecesarios”, en el número 6, que “en las vistas y comparencias se utilice un lenguaje que, respetando las exigencias técnicas necesarias, resulte comprensible para los ciudadanos que no sean especialistas en derecho”, y en el número 7, establece que “el ciudadano tiene derecho a que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios, empleando una sintaxis y estructura sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico”.

CONCLUSIÓN

Dice el escritor Lorenzo Silva Amador: “la mayoría de las personas que conozco es incapaz de entender una sentencia judicial. Hay que traducírsela, y a nadie parece preocupar esto, que para mí es un desastre clamoroso”³⁹.

La claridad del lenguaje de la sentencia es una meta irrenunciable, especialmente para los jueces dispuestos a arriesgarse, a abandonar el formalismo y escribir en lo que Posner llama “el estilo impuro”. “Paradójicamente —señala el autor— los jueces que utilizan el estilo impuro muestran mayor preocupación por el lenguaje que los que escriben en estilo puro. ¡Salvo que uno sea un escritor especialmente dotado, requiere un esfuerzo mucho mayor que parezca que una sentencia no ha requerido esfuerzo!. El estilo puro, a pesar de su artificialidad, es más fácil a una persona que ha recibido una formación como jurista que el estilo impuro. En efecto, una de las cosas que las facultades de derecho y la práctica legal enseñan, inconscientemente pero no por ello menos eficazmente, es a olvidar como escribía uno antes de ser jurista”⁴⁰.

39 Silva Amador, Lorenzo, “La imagen del juez en la literatura”, en *El juez y su imagen en la sociedad: pasado, presente y futuro*, Estudios de Derecho Judicial, nº 25, Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 117

40 Ob. cit. p. 1431

nuevos títulos



PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ
Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional

JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAÚJO y GIOVANNI MESSINA (ed.s)

La democracia en bancarrota

HANS Kelsen
Religión secular

ELENA LARRAURI
Introducción a la criminología y al sistema penal

LUIGI FERRAJOLI
La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político

STEFANO RODOTÀ
El derecho a tener derechos

NORBERTO BOBBIO
Iusnaturalismo y positivismo jurídico

JOSEP AGUILÓ REGLA

El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación

MARCO REVELLI

Posizquierda. ¿Qué queda de la política en el mundo globalizado?

CARLOS DEL CABO MARTÍN

Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico



EDITORIAL TROTTA
Tel. +34 91 543 03 61
Ferraz, 55 · 28008 Madrid
editorial@trotta.es
www.trotta.es

LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO A PARTIR DE LA LEY ORGÁNICA 5/2015

José GRAU GASSÓ

El objeto del presente trabajo es analizar la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre la prescripción de los delitos desde la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor en fecha 23 de diciembre del año 2010.

Como es sabido, dicha Ley Orgánica pretendió zanjar el conflicto que se había planteado entre el Tribunal Constitucional y la Sala Segunda del Tribunal Supremo en relación con la interpretación de los preceptos del Código Penal que regulaban la prescripción de los delitos y de las faltas. Efectivamente, el Tribunal Constitucional había venido manteniendo de una forma uniforme y reiterada que la aplicación por parte de los órganos judiciales de las normas sobre la prescripción de los delitos y faltas era una cuestión de legalidad ordinaria que escapaba al control del Tribunal Constitucional.

En este sentido, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional nº 63/2001, resolviendo el recurso de amparo interpuesto (el llamado Caso Gal) y resumiendo la postura que el Tribunal Constitucional había mantenido hasta aquel momento, indicó que la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad criminal era una cuestión de legalidad ordinaria que correspondía decidir a los Tribunales ordinarios y que carecía, por su propio contenido, de relevancia constitucional. En la misma sentencia se decía que la prescripción era una cuestión de libre configuración legal, que quedaba deferida a la voluntad del legislador sin condicionamientos materiales que pudieran derivar del texto constitucional.

Pero, una vez que legislador había configurado libremente la institución de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, su aplicación al caso concreto sí que podía ser objeto de examen constitucional en sede de amparo, siendo el canon aplicable el del art. 24 de la Constitución Española, en cuanto exige que para entender otorgada la tutela judicial efectiva la pretensión realizada por las partes sea resuelta mediante una resolución judicial que esté suficientemente razonada, es decir, que esté fundada en una argumentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurra en error patente, siendo necesario poner de relieve que el mismo Tribunal Constitucional se encarga de recordar que es necesaria una especial exigencia a la hora de analizar la motivación de las resoluciones que se pronuncian sobre la prescripción del delito o de la falta, toda vez que están en juego otros derechos fundamentales como el derecho a la libertad (arts. 17 y 23 de la CE).

La misma sentencia, finaliza argumentando que la trascendencia de los valores en juego en la aplicación del Derecho penal exige, en este ámbito, tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima que no concurre el supuesto previsto en la ley, como que el mismo se manifieste a través de una motivación en la que, más allá de su

carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución.

Ahora bien la Sala Segunda del Tribunal Constitucional dictó la Sentencia nº 63/2005, haciéndose eco de la doctrina jurisprudencial antes mencionada, estimó el recurso de amparo interpuesto contra una Sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Orense, y consideró que vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva la decisión de estimar interrumpido el plazo de prescripción con la simple presentación de una denuncia o de una querrela, sin necesidad de que para ello mediara ningún acto de interposición judicial.

Esta sentencia fija un punto de inflexión en el tratamiento de la prescripción por parte del Tribunal Supremo. En la misma se reconoce que la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 63/2001 ya había supuesto un cambio importante respecto a la postura que se había mantenido hasta aquel momento declarando que no podían ser objeto de revisión en amparo las resoluciones dictadas por los órganos de la jurisdicción ordinaria pronunciándose sobre la concurrencia o no de la prescripción del delito o de la falta.

Por otra parte, la STC nº 63/2005 opta claramente por considerar que la prescripción penal no es una institución de derecho procesal, sino de carácter eminentemente sustantivo o material, fundada en principios de orden público, interés general o de política criminal que se reconducen al principio de necesidad de pena, insertado en el más amplio de intervención mínima del Estado en el ejercicio de su *ius puniendi*.

En la misma resolución el Tribunal Constitucional defiende que solo el Juez puede realizar el acto procesal por el que decide dirigir el procedimiento penal contra el culpable que exigía el art. 132.2 del Código Penal para considerar interrumpido el plazo de prescripción del delito en cuestión, y concluye afirmando que solo esta interpretación resulta coherente con el fundamento material de la prescripción en los principios de seguridad jurídica, intervención mínima y necesidad preventivo-general y preventivo-especial de la pena, a los que cabe añadir la necesidad de que en todo momento el procedimiento penal aparezca rodeado de las garantías constitucionalmente exigibles, lo que únicamente ocurre a partir del momento en que interviene el órgano judicial tomando las riendas del proceso. Cualquier otra interpretación permanecería, por el contrario, anclada en el entendimiento de la prescripción penal como un instituto de naturaleza exclusivamente procesal e ignoraría, con ello, la esencia sustantiva del mismo como instrumento a través del cual se manifiesta la extensión temporal de la posibilidad de ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado.

Cuando no habían transcurrido dos meses desde la publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 63/2005, la Sala Segunda del Tribunal Supremo hizo público un acuerdo no jurisdiccional que tenía por único objeto cuestionar la legitimidad de la sentencia del Tribunal Constitucional afirmando que dicha sentencia se basaba en una interpretación de la tutela judicial efectiva que, prácticamente, vaciaba de contenido el art. 123 de la Constitución Española, en el que se establece que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, por lo que, consiguientemente, es a quien le incumbe la interpretación en última instancia de las normas penales.

Casi un año mas tarde (25 de abril del año 2006), la Sala Segunda del Tribunal Supremo dio publicidad a un nuevo acuerdo no jurisdiccional en el que se decidía no aplicar la doctrina del Tribunal Constitucional emanada de su Sentencia nº 63/2005. Dicho acuerdo era del tenor literal siguiente: "a) *El artículo 5.1 LOPJ, interpretado conforme a los arts.117.1, 161.1 b) y 164.1 CE, no puede impedir que el Tribunal Supremo ejerza con*

plena jurisdicción las facultades que directamente le confiere el art.123.1 CE; b) Mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005”.

Resulta pertinente recordar que el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece de forma clara y taxativa que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y *vincula* a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, *conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos*. Por lo tanto, aunque en dicho acuerdo no jurisdiccional se mencionaba expresamente lo dispuesto en el art. 5.1 de la LOPJ, lo cierto es que el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo decidió no sentirse vinculado por lo dispuesto en el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en consecuencia, seguir manteniendo el criterio de que la presentación de una denuncia o querrela ante el órgano judicial producía la interrupción de la prescripción del delito o falta correspondiente, sin necesidad de que existiera un acto de interposición judicial.

Por otra parte, estos acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, así como el acuerdo de fecha 18 de julio del año 2006 en el que se decidió que los acuerdos del pleno no jurisdiccional eran vinculantes (sin especificar a quién vinculaban), dieron pie a que se produjeran situaciones asombrosas como la que fue objeto de análisis en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 133/2011, que, por su especial interés, procedo a transcribir una parte de sus razonamientos jurídicos, en lo que ahora interesa, de forma literal:

“La titular del Juzgado de lo Penal núm. 9 de Barcelona, ante la discrepante doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en la materia, considera prevalente la doctrina del Supremo y, por ello, tomó en consideración la fecha del escrito de ampliación de la querrela de 19 de enero de 2004 como momento de interrupción de la prescripción y no la del Auto de admisión de 2 de febrero de 2004. Por su parte, la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona señala abiertamente que «no comparte» la doctrina de la STC 63/2005, de 14 de marzo, que califica como «aislada», y fija el dies ad quem en el día 24 de enero de 2003, esto es, el día de presentación de la querrela (ni siquiera el día de la ampliación de la querrela), momento en el que, a su juicio, se dirige la acción penal contra los acusados y en el cual no había transcurrido el plazo legal de prescripción de cinco años.

Pues bien, al momento de dictarse la Sentencia impugnada –el 26 de febrero de 2009–, ya había doctrina constitucional aplicable, debiendo recordarse que el art. 5.1 LOPJ, dentro del título preliminar y bajo el rótulo «Del Poder Judicial y del ejercicio de la potestad jurisdiccional» dispone expresamente que «[l]a Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». No cabe duda, pues, de que ambas resoluciones judiciales al considerar no prescrita la responsabilidad criminal respecto al ejercicio 1998, con base en la idoneidad de la denuncia como acto interruptivo del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal, se oponen frontalmente a la interpretación realizada por este Tribunal del alcance del art. 132.2 CP. Lo cual supone una clara quiebra del mandato recogido en el citado art. 5.1 LOPJ de la que deriva la consiguiente lesión de los derechos de los demandantes a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24.1 CE (SSTC 29/2008, de 20 de febrero, F. 10; 147/2009, de 15 de junio, F. 2; 195/2009, de 28 de septiembre, F. 6; y 206/2009, de 23 de noviembre, F. 3).

En conclusión, lo determinante en este caso para considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no es que la interpretación realizada por los ór-

ganos judiciales sobre el cómputo de prescripción resulte contraria al art. 24.1 CE, en relación con el art. 17.1 CE, como se mantuvo en la ya citada STC 63/2005. Lo realmente relevante es que, sin perjuicio de que pueda o no compartirse la doctrina sentada en la STC 63/2005, sobre lo que no es preciso pronunciarse ahora, los órganos judiciales eran conocedores de la existencia de una decisión clara del Tribunal Constitucional sobre el particular en la que se había considerado contraria a la Constitución española la interpretación finalmente asumida y, a pesar de ello, deciden conscientemente no aplicar dicha doctrina constitucional. Ello implica una contravención del mandato tajante del art. 5.1 LOPJ cuyo incumplimiento determina que las resoluciones judiciales impugnadas deban reputarse vulneradoras del art. 24.1 CE”.

Como he avanzado, la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal intentó zanjar la discrepancia de criterio expuesta dando una nueva redacción al art. 132 del Código Penal. Recordemos que originariamente el art. 132.2 del Código Penal disponía que la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena. Pero, en virtud de la LO 5/2010 ha quedado redactado de la siguiente forma:

«2. La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes:

1.^a Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta.

2.^a No obstante lo anterior, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia.

Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en el apartado anterior, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia.

Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia si, dentro del plazo de seis o dos meses, en los respectivos supuestos de delito o falta, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrelada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dichos plazos, el Juez de Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo.

3.^a A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho».

En una primera lectura del precepto mencionado se constata que en la nueva regulación de la prescripción se sustituye la expresión “*dirigir el procedimiento contra el culpable*” por “*dirigir el procedimiento contra la persona indiciariamente responsable del delito*” y el mismo precepto se encarga de dar una definición auténtica al disponer que “*se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial*

motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito". Por otra parte, se introduce por primera vez un nuevo plazo de suspensión (no interrupción) de la prescripción del delito, que, como se verá posteriormente, la propia jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha entendido que en ningún caso puede superar los seis meses a contar desde la fecha de presentación de la denuncia o querella.

La cuestión relativa al plazo de suspensión de la interrupción de la prescripción ya fue objeto de análisis por parte de la Sentencia nº 1187/2010 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, dictada en fecha 27 de diciembre del año 2010, cuando solo habían pasado cinco días desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010. Dicha sentencia ya anticipó que cabía la posibilidad de que, dentro de dicho plazo de suspensión, el órgano judicial resolviera algo o no hiciera ningún pronunciamiento, en cuyo caso la solución legal era la continuación del cómputo de la prescripción sin que operara de forma alguna la suspensión por la presentación de la querella o denuncia.

Por el contrario, si el Juzgado de Instrucción realizaba un pronunciamiento sobre la admisión a trámite de la denuncia o querella presentada, podía hacerlo en un doble sentido, bien admitiendo la denuncia o querella, bien inadmitiendo a trámite la misma. Si acordaba admitir la denuncia o querella, la interrupción de la prescripción se debía entender retroactivamente producida, a todos los efectos, a la fecha de su presentación.

Pero la ley no resuelve, expresamente, el supuesto en que el Juzgado de Instrucción rechaza la admisión a trámite de la querella o denuncia y, sin embargo, por medio de la utilización de los recursos pertinentes, la Audiencia revoca dicha decisión cuando ya ha transcurrido el plazo de suspensión antes mencionado. En estos casos, la STS nº 1187/2010 ya avanzó que el legislador había optado por exigir que la respuesta jurídica se produjera necesariamente dentro del plazo de seis o dos meses para que el efecto suspensivo de la presentación de la querella o denuncia tuviese virtualidad jurídica, y llegó a la conclusión de que entender lo contrario, dejando al recurso de apelación un espacio temporal indefinido que se proyectase retroactivamente a la fecha del dictado de la resolución judicial por el Instructor, dejaría sin contenido la previsión del legislador de que en ese plazo se decidiera definitivamente la cuestión. La misma doctrina jurisprudencial ha sido reiterada en las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 885/2012 y 760/2014.

Por otra parte, en dicha sentencia (STS nº 1187/2010) la Sala Segunda del Tribunal Supremo decidió aplicar con carácter retroactivo la normativa sobre la prescripción del delito introducida por la Ley Orgánica 5/2010, aceptando que la prescripción penal tiene naturaleza sustantiva o material y desechando la idea de que tenga un fundamento procesal. Efectivamente, aunque en la STS nº 143/2011, de fecha 2 de marzo, se defiende que la prescripción es una institución mixta de naturaleza predominantemente procesal, y critica al legislador por haber ubicado su regulación en el Código Penal, lo cierto es que la práctica totalidad de las Sentencias de la Sala Segunda que analizan dicha cuestión se han decantado por considerar, al igual que lo hizo el Tribunal Constitucional, que la prescripción tiene una naturaleza sustantiva o material. Así lo expuso claramente la STS nº 1294/2011, en la que se afirma que la prescripción del delito, regulada como causa de extinción de la responsabilidad criminal (*art. 130.5º CP*) tiene su fundamento, una vez rechazado ampliamente el planteamiento seguido por aquellos autores que la vinculaban a motivos procesales relacionados con la desaparición de las pruebas por el transcurso del tiempo, en aspectos directamente relacionados con la teoría de la pena, siendo diversa su fundamentación en función de cuál sea la teoría de la pena por la que se opte.

En este sentido, la mencionada sentencia considera que el fundamento de la prescripción deberá encontrarse en la falta de necesidad reeducativa-resocializadora de la pena por el hecho cometido a causa del transcurso del tiempo, si se considera que la pena tiene una función estrictamente preventivo-especial; en la falta de necesidad preventivo-general, pues el transcurso del tiempo impediría que la imposición y ejecución de la pena pudiera llegar a producir efecto disuasorio alguno (prevención general negativa); o en la falta de necesidad de estabilización normativa (prevención general positiva), a causa del propio transcurso del tiempo.

Esta línea jurisprudencial es seguida por numerosas sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que aceptan la naturaleza sustantiva de las normas que regulan la prescripción y, por tanto, su aplicación retroactiva en tanto puedan ser mas favorable para el reo. Ahora bien, la aplicación retroactiva de la normativa sobre la prescripción cuando esta es mas favorable al reo planteó de forma inmediata un grave problema, toda vez que, como ya habían avisado algunos comentaristas, la nueva redacción del art. 132 del Código Penal fue mucho mas allá de donde había llegado el Tribunal Constitucional.

Desde la Sentencia nº 63/2005, el Tribunal Constitucional ha venido manteniendo de forma constante y reiterada que la prescripción del delito o de la falta solo puede producirse a través de un acto de interposición judicial del que se desprenda que el órgano judicial está dirigiendo el procedimiento contra una persona concreta y determinada, pero nunca había exigido que dicho acto de interposición judicial tuviera que realizarse a través de una resolución judicial motivada. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 129/2008 resolvió, desestimándolo, un recurso de amparo en el que expresamente se alegaba que el auto acordando la incoación del procedimiento de Diligencias Previas carecía de todo contenido material (era una resolución de modelo que carecía de una motivación específica para el caso concreto) y no había sido notificado al recurrente.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, al dar respuesta a dicha pretensión, había dicho que la resolución judicial que acuerda incoar el procedimiento de Diligencias Previas interrumpe la prescripción ya que lo relevante es la existencia de una resolución judicial que contiene la decisión de investigar el hecho y perfilar la participación del denunciado o querellado, sin que se pueda mantener que la única forma de dirigir el procedimiento contra el culpable pase necesariamente por un procesamiento o por su imputación formal en el momento de la calificación de los hechos; y el Tribunal Constitucional aceptó dicha interpretación del precepto al afirmar que:

“resulta así notorio que no concurre no ya falta de motivación, error fáctico o ausencia de norma, sino tampoco irrazonabilidad manifiesta en la catalogación de un auto de incoación de diligencias previas consecuente con una querrela como acto de dirección del procedimiento contra el querellado, máxime si se tiene en cuenta, con cita de nuevo de la STC 63/2001, que la norma aplicada «no especifica la calidad ni la intensidad» de la conexión requerida «entre las actuaciones procesales y quien finalmente resulta condenado para dar por interrumpida la prescripción» (F. 9). Y constatamos también que esta interpretación del inciso «desde que el procedimiento se dirija contra el culpable» (art. 114 del Código Penal anterior) y la subsunción del citado Auto en el mismo no desconocen las finalidades de la institución de la prescripción de preservación de la seguridad y de las funciones de la sanción penal, a la vista de que se trata de una decisión judicial formalizada y específica que tiene por contenido la investigación penal solicitada”.

De lo expuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional antes mencionada (STC 129/2008), así como del resto de la jurisprudencia emanada de dicho Tribunal, se desprende claramente que el acto de interposición judicial no tenía por qué ser una resolución judicial motivada, pudiendo tratarse tanto del auto incoando el procedimiento penal como de una simple providencia citando a una persona a declarar en calidad de

imputado. Sin embargo, como ya he dicho, la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010 (ratificada de nuevo por la Ley Orgánica nº 1/2015, que ha modificado el precepto sin alterar su contenido esencial) sí que estableció de forma clara y terminante que para que pudiera entenderse dirigido el procedimiento penal contra una persona concreta y determinada, era necesario que el Juez Instructor, al incoar la causa o en un momento posterior, dictara una resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta.

De lo expuesto, cabe deducir que la resolución judicial tiene que atribuir a una persona determinada la comisión de unos hechos que puedan ser constitutivos de delito o falta y, además, dicha resolución debe ser motivada, es decir, debe explicar cuáles son los indicios o razones que le han llevado a la conclusión antes mencionada.

Dado que no cabe duda alguna de que dicha regulación de la prescripción es mas favorable para el reo (salvo en los casos en los que, como consecuencia de la reforma, el plazo de prescripción de algunos delitos menos graves pasaba de tres a cinco años), su aplicación con carácter retroactivo podía producir algunos efectos que presumiblemente no habían sido previstos por el legislador.

La primera vez que la Sala Segunda del Tribunal Supremo se plantea dicha tal problema es en la Sentencia nº 80/2011, en la que se afirma que la cuestión a decidir es si la Providencia de fecha 10 de febrero de 2004, acordando deducir testimonio de todo lo actuado e incoar un procedimiento penal contra unos policías locales puede interrumpir la prescripción por constituir una resolución judicial por la que se dirige el procedimiento contra los imputados.

En esta sentencia se afirma que la providencia mencionada no puede ser calificada de mero trámite, sino que determina que se abra el procedimiento contra determinadas personas, por lo que se estaba dirigiendo el procedimiento contra ellas en los términos exigidos en el artículo 132 del Código Penal y con eficacia para interrumpir el plazo de prescripción, siendo acorde también con la propia doctrina del Tribunal Constitucional que exige que medie algún acto de interposición judicial, y acaba afirmando que también es acorde con la reforma del artículo 132 del Código Penal, en la redacción dada por Ley Orgánica 5/2010, ya que se estaría ante el supuesto previsto en la regla 1ª del apartado segundo del mencionado precepto en el que se dispone que “se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta”, requisitos que a su entender concurren en la providencia antes mencionada.

De nuevo se plantea el mismo problema en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 885/2012, que analiza un supuesto en el que el Juzgado incoa el procedimiento de diligencias previas y en el mismo acto acuerda el sobreseimiento provisional de las actuaciones por desconocerse el paradero del denunciado, introduciendo expresamente en la parte dispositiva de dicha resolución que debía estarse al resultado de las diligencias realizadas por la policía judicial para la localización del denunciado.

Nuevamente, la Sala Segunda del Tribunal Supremo vuelve a considerar que dicha resolución reúne todos los requisitos exigidos por el art. 132 del Código Penal para estimar que interrumpió el plazo de prescripción del delito y lo hace con los siguientes argumentos:

“Es, pues, una resolución judicial por la que se atribuye a una persona determinada y nominada, su presunta participación en un hecho que puede ser constitutivo de delito o falta. Sobre este aspecto, no hay duda alguna. Ahora bien, el art. 132.2.1ª del Código Penal, exige que tal resolución judicial lo sea motivada. La motivación requerida, en tanto que únicamente se contrasta con lo relatado por el denunciante o querellante en su escrito de

denuncia o querrela, ha de limitarse precisamente a eso: un juicio de verosimilitud sobre la calificación delictiva de los hechos denunciados y su presunta atribución al querrellado o denunciado, sin que en tal momento procesal puedan llevarse a cabo mayores explicaciones ni probanzas, en tanto dicha resolución judicial es precisamente la que abre la investigación judicial; carecería de sentido, en consecuencia, exigir mayor motivación que la expuesta. Ahora bien, si tal resolución judicial entendiera que los hechos puestos en conocimiento del juez no son, indiciariamente, constitutivos de delito, no podría -claro es-, tal resolución, interrumpir la prescripción, porque ordenaría el archivo de las actuaciones por dicha razón, suspendiéndose su virtud interruptora hasta que, mediante el oportuno recurso, se resolviese lo procedente, conforme ya hemos analizado con anterioridad.

En el caso, existe una resolución judicial -Auto de 1 de febrero de 1994-, se encuentra motivada, al menos en su parte esencial, en ningún momento descarta la existencia de delito, sino todo lo contrario, no fue recurrida, y archiva provisionalmente la causa como consecuencia de lo ilocalizable de la situación del denunciado. Concurren, pues, todos los elementos para tener por interrumpida la prescripción, razón por la cual el motivo será estimado, ordenando que se dicte Sentencia sobre el fondo, todo ello con declaración de oficio de las costas procesales de esta instancia casacional”.

Es cierto que la querrela o la denuncia solo pueden ser inadmitidas a trámite por el Juez de Instrucción cuando los hechos que se relatan en la misma no son, prima facie, constitutivos de delito o infracción penal, pero precisamente por el carácter restrictivo con el que se regula en la Ley de Enjuiciamiento Criminal la inadmisión a trámite de una denuncia o querrela, resulta patente que su admisión o, mejor dicho, la incoación del correspondiente proceso penal no comporta necesariamente que existan razones para atribuir al denunciado o querrellado la comisión del delito denunciado y lo cierto es que el día a día de los Juzgados de Instrucción permite afirmar todo lo contrario. Por ejemplo, son muchos los Juzgados de Instrucción que, frente a una denuncia o querrela por una mala praxis médica, acuerdan incoar el procedimiento penal y, sin embargo, la única diligencia de investigación que practican es la aportación a la causa de la historia clínica del paciente para poder valorar si existen motivos o buenas razones para atribuir al denunciado la comisión de un delito de homicidio o lesiones por imprudencia. Solo sí del examen de la historia clínica se valora que puede haber existido una mala praxis, se acuerda citar a declarar a los facultativos en calidad de imputados, momento en el que debería dictarse la resolución judicial motivada a la que se refiere al art. 132 del Código Penal.

En estos y en otros muchos casos la incoación del proceso penal no necesariamente comporta que existan razones suficientes para atribuir al denunciado los hechos que se describen en la denuncia o querrela, entre otras razones, porque en muchas ocasiones los hechos descritos son tan genéricos que no cabe realizar ninguna imputación concreta sin una previa investigación judicial.

Por otra parte, esta viene siendo la práctica habitual de la Sala Segunda del Tribunal Supremo cuando se pronuncia sobre la competencia para conocer de causas penales seguidas contra aforados y la interpretación que debe hacerse del art. 309 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que precisamente utiliza la expresión “dirigir el procedimiento” contra una persona aforada. La reciente Sentencia nº 277/2015 de Sala Segunda del Tribunal Supremo resume dicha doctrina jurisprudencial en los siguientes términos:

“El art. 309 habla genéricamente de situaciones procesales en las que “resulten cargos” contra un aforado. Del tenor de tal precepto se infiere por otra parte que será ese el momento en que deba “dirigirse el procedimiento” contra el aforado paralizando la instrucción y dando cuenta al Tribunal Superior. El art. 303 LECrim alude a delitos que “por su naturaleza... solamente pueden cometerse por Autoridades o funcionarios sujetos a un fuero superior”.

Se podría pensar que desde el momento en que exista la más nimia alusión frente a un aforado que no haya sido rechazada frontalmente por los motivos previstos en el art. 269

LECrím (no ser los hechos constitutivos de delito o resultar manifiestamente falsos), el fuero deberá operar, sin perjuicio de que en caso de un eventual archivo o sobreseimiento respecto del aforado las actuaciones sean devueltas al juez o tribunal ordinarios. Los arts. 272.2º LECrím y 132 CP alentarían esa interpretación.

Muy distinta es la tónica que se ha impuesto en la jurisprudencia y que ha contagiado al legislador (art. 118 bis LECrím introducido por Ley Orgánica 7/2002, de 5 de julio).

La jurisprudencia ha evolucionado hacia un nivel de indicios cualificado. Se opta por un criterio restrictivo a la hora de aceptar la competencia por implicación de un aforado especialmente cuando se trata de causas seguidas también contra no aforados. No se fija la competencia de la Sala Segunda más que cuando se comprueba que existen indicios sólidos de responsabilidad frente a un aforado. No basta cualquier sospecha o conjetura. No son suficientes las posibilidades, más o menos cercanas, o las alusiones indirectas.

Paradigmático en esta línea evolutiva fue el ATS de 13 de enero de 1995 (Causa especial 2760/1994). Para asumir la competencia deben aparecer fundados y claros los indicios de responsabilidad del aforado: "El auto del Juzgado - razona - toma como bases para la atribución competencial a esta Sala unos datos que estima, anticipadamente, como decisivos; para concluir que `todos estos datos nos parecen suficientes para considerarlos indicios serios o graves de su participación en el hecho objeto de investigación, en el mejor caso para él en grado de encubridor`; y tal conclusión lo único que muestra es que la instrucción está en agraz y que por ello, sin violentar los principios expresados, no cabe asumir una competencia alejada de los fines previstos en los arts. 299 y concordantes de la LECr".

De esta doctrina jurisprudencial sobre las causas con aforados se desprende claramente, en contra de lo que defiende la STS nº 885/2012, que la incoación de un proceso penal no significa, necesariamente, que existan indicios suficientes para atribuir al denunciado o querellado la comisión de un hecho que pueda ser constitutivo de delito y, por tanto, la resolución por la que se inicia la investigación de los hechos no necesariamente tiene por que cumplir con los requisitos exigidos por el art. 132 del Código Penal para poder interrumpir el plazo de prescripción del delito o de la falta. A pesar de todo ello, el pronunciamiento efectuado por la STS nº 885/2012 ha sido reiterado en varias sentencias posteriores, como es el caso de las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 832/2013, 690/2014, 760/2014 y 905/2014.

La primera de las sentencias mencionadas (STS nº 832/2013) considera que la reforma del art. 132 del Código Penal ha refundido en una sola norma las dos posturas contrapuestas que sobre la prescripción del delito venían manteniendo el Tribunal Constitucional y la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y argumenta que hasta la aprobación de la Ley Orgánica 5/2010:

el Tribunal Supremo entendía, en síntesis, que la interposición de una denuncia o querrela interrumpía el plazo de prescripción, mientras que para el Tribunal Constitucional era necesario algún "acto de interposición judicial para entender dirigido el procedimiento contra una determinada persona e interrumpido el plazo de prescripción (...) que garantice la seguridad jurídica y del que pueda deducirse la voluntad de no renunciar a la persecución y castigo del delito" (STC 59/2010, de 4 de octubre de 2010). La postura del Tribunal Constitucional implicaba, como regla general, que la interrupción de la prescripción no se producía hasta la admisión judicial de la denuncia o querrela. De acuerdo con esta nueva regulación del Código Penal (artículo. 132.2.2º CP), dichos criterios se han refundido en una norma, según la cual, la interposición de una querrela o denuncia interrumpe el plazo de prescripción, como sostenía la doctrina del Tribunal Supremo, siempre y cuando en el plazo de 6 meses (o 2 meses para el caso de las faltas) desde la interposición de la misma se dicte una resolución judicial motivada en la que se atribuya a una persona en concreto su presunta participación en unos hechos que puedan ser constitutivos de delito o falta, es decir se produzca ese "acto de interposición judicial", generalmente la admisión judicial de la denuncia o querrela (como sostenía la jurisprudencia del Tribunal Constitucional).

Asimismo, en un momento posterior de la misma sentencia se afirma que

la interpretación sistemática de la norma pone manifiestamente de relieve, que “entre las resoluciones previstas en este artículo”, que tienen la virtualidad de ratificar la suspensión de la prescripción producida por la presentación de la querrela o denuncia, la más caracterizada es el auto de admisión de la querrela o denuncia. Resolución necesariamente motivada por su naturaleza de auto, que determina la incoación de un procedimiento penal contra el querrelado, porque se le atribuye su presunta participación en los hechos objeto de la querrela o denuncia, y se considera judicialmente que pueden revestir los caracteres de delito o falta. En consecuencia, para que se interrumpa la prescripción, no hace falta un auto adicional de imputación formal.

La argumentación de dicha resolución no soporta un análisis crítico mínimamente riguroso. Al final, viene a decir que el auto acordando la incoación del procedimiento es, por su propia naturaleza, un auto motivado y, por tanto, cumple con las exigencias del art. 132.2.1 del Código Penal con independencia de cual sea su fundamentación jurídica.

El argumento, a poco que se reflexiona sobre el mismo, resulta difícilmente sostenible. Si de verdad la Sala Segunda del Tribunal Supremo acepta que todas las resoluciones que adoptan la forma de auto o sentencia, por su propia esencia, son resoluciones judiciales motivadas, debería revisar su constante y reiterada jurisprudencia en virtud de la cual viene declarando la nulidad de las sentencias dictadas en la instancia con el argumento de que carecen de la mínima motivación exigible o tienen una motivación meramente aparente.

Resulta patente que dicha jurisprudencia, como no podía ser de otro modo, da por supuesto que las sentencias no siempre cumplen con el requisito de la motivación y, precisamente por esta razón, dado que la sentencia es una resolución que necesariamente debe estar motivada, cuando dicho requisito no se cumple lo procedente es declarar la nulidad de la misma.

La Sentencia del Tribunal Supremo nº 832/2013 tiene un especial interés debido a que contiene un voto particular en el que, acogiendo el criterio de la aplicación retroactiva del art. 132 del Código Penal, defiende de forma expresa que el auto por el que se acuerda la incoación de diligencias previas cuando carece de toda motivación no puede producir la interrupción de la prescripción y, lo que todavía es más importante, que la providencia (también carente de toda motivación) citando a declarar al denunciado, no supone que judicialmente se haya dirigido el procedimiento penal contra él.

La segunda de las sentencias antes mencionadas (STS nº 690/2014) introduce una explicación (no dada hasta aquel momento) de las razones que han podido llevar a la Sala Segunda del Tribunal Supremo a dejar prácticamente sin contenido lo dispuesto en el art. 132.2.1 del Código Penal. Efectivamente, al final del cuarto fundamento jurídico afirma lo siguiente:

“En cualquier caso, aun cuando, como hemos dicho, la prescripción tiene un componente material que retrotrae la aplicación de lo dispuesto respecto a ella en los aspectos favorables al reo, no puede perderse de vista su aspecto procesal. De ahí que el estándar de motivación exigible respecto a las resoluciones que se hubieran dictado estando vigente una norma que no incidía en la concreta motivación del acto por el que se entendiera dirigido el procedimiento, lo que facultó incluso la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo que reconoció virtualidad a tales efectos a la presentación de una denuncia u querrela, o la del Tribunal Constitucional que exigió un “acto de interposición judicial” asimilado a la admisión de la denuncia o querrela, sea menos exigente que el requerido una vez en vigor las disposiciones de la LO 5/2010. Así lo reclama el principio de seguridad jurídica.”

Del párrafo que he transcrito literalmente se desprende que la interpretación que la Sala Segunda del Tribunal Supremo está haciendo del art. 132 del Código Penal tie-

ne que ver con la circunstancia de que dicha normativa, en la medida en que es más favorable para el reo, está siendo aplicada con carácter retroactivo, y lo cierto es que introduce una cierta esperanza cuando afirma que el estándar de motivación exigible deberá ser mucho más exigente una vez que se aplique a procedimientos penales incoados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010.

A pesar de todo, dicha esperanza se desvanece completamente cuando dos meses más tarde la misma la Sala Segunda del Tribunal Supremo dicta una nueva sentencia, la nº 905/2014, en la que deja definitivamente sin contenido lo dispuesto en el art. 132.2.1 del Código Penal al afirmar de forma tajante que cuando se trata de una persona que no figura expresamente en la querrela como querellado, el acto de interposición judicial que dirige el procedimiento contra una determinada persona e interrumpe el plazo de prescripción es la simple decisión judicial (véase providencia en la práctica habitual de los órganos judiciales) de citarle en calidad de imputado, sin hacer ninguna mención a la necesidad de motivar dicha decisión.

En suma, puede afirmarse que la Sala Segunda del Tribunal se ha decantado por considerar que los autos acordando la incoación de un proceso penal y las providencias citando a declarar a una persona en calidad de imputado, aunque carezcan de motivación, son resoluciones judiciales aptas para interrumpir el plazo de prescripción de los delitos, lo que comporta dejar sin contenido el art. 132.2.1 del Código Penal.

Ahora bien, por las razones ya expuestas es fácil convenir que de dicha doctrina jurisprudencial y, mas concretamente, de la lectura atenta de las sentencias que he citado no puede apreciarse un nexo de coherencia entre la decisión en cada caso adoptada, la norma que le sirve de fundamento (el art. 132.2.1 del Código Penal) y los fines que justifican la institución de la prescripción tal como ha sido entendida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por lo que no puede descartarse que la controversia existente entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional se siga prolongando en el tiempo.

EL IMPACTO DEL ACOSO, ESTRÉS Y OTROS RIESGOS PSICOSOCIALES EN LA SALUD JUDICIAL

Glòria POYATOS MATAS

“La salud mental es un derecho humano. Un buen estado de salud mental le permite a los ciudadanos disfrutar del bienestar y de una buena calidad de vida. Además, la salud mental fomenta el aprendizaje, el trabajo y la participación en la sociedad”.

Pacto Europeo para la Salud mental y el Bienestar de 13 de junio 2008. Bruselas.

1. EL ACOSO EN EL TRABAJO, ESA MINA ANTIPERSONA A LA QUE NADIE ES INMUNE

El acoso no es una figura nueva, sino un comportamiento que acompaña a la humanidad desde su más antigua existencia, aunque su conceptualización psicológica y jurídica se corresponda con tiempos más modernos¹.

Actualmente, es incuestionable que la violencia en el lugar de trabajo —sea física o psicológica— se ha convertido en un problema mundial que atraviesa fronteras, contextos de trabajo y grupos profesionales.

El funcionamiento de un episodio de acoso puede variar atendiendo a su finalidad, pero todas las tipologías reúnen una dinámica común, que exige un elemento objetivo (conducta/s objetivable/s determinada/s), y también otro subjetivo; el de socavar la dignidad de la víctima, y zaherir creando un entorno intimidatorio, degradante, ofensivo u hostil, vulnerando la dignidad y la integridad psíquica y/o física del sujeto pasivo. Todo ello se traduce en la lenta y paulatina destrucción del equilibrio psicológico de la perso-

1 Konrad Lorenz, en su libro *Sobre la Agresión* de 1966, describió por primera vez, una de las modalidades de acoso, el concepto de acoso grupal o mobbing, “como extrapolación de observaciones en diversas especies animales en libertad.— En su significado original más simple se llama mobbing, al ataque de una coalición de miembros débiles de una misma especie, contra un individuo más fuerte—”.

En la década de 1970, el médico sueco Peter-Paul Heinemann aplicó la conceptualización de Lorenz a la agresión colectiva de los niños contra un niño blanco.

Es en los años ochenta Heinz Leymann, psicólogo alemán profesor de la Universidad de Estocolmo, utiliza el término mobbing para referirse a formas severas de acoso en las organizaciones. “Son actitudes hostiles, frecuentes y repetitivas en el lugar de trabajo, que tienen siempre a la misma persona en el punto de mira”. Esta situación surge, según Leymann (1996), de un conflicto degenerado y es una forma grave de estrés psicosocial. Después de hacer este descubrimiento ha tratado con éxito a miles de víctimas del mobbing en su clínica en Suecia

Para la psiquiatra francesa Marie-France Hirigoyen, “existe la posibilidad de destruir a alguien sólo con palabras, miradas, mentiras, humillaciones o insinuaciones, un proceso de maltrato psicológico en el que un individuo puede conseguir hacer pedazos a otro. Es lo que se denomina violencia perversa o acoso moral”.

na acosada desde dentro hacia afuera, que culmina con todo un séquito de dolencias psicológicas de mayor o menor envergadura, dependiendo del tiempo de duración, la virulencia del proceso de hostigamiento, y sobre todo, de la fortaleza emocional de la víctima escogida. La sensibilidad del sujeto pasivo marcará su resistencia y por ende, la duración del acoso soportable, cuyo final puede desembocar, en la salida de la empresa, en un cambio de puesto de trabajo (a lo mejor), o en una incapacidad permanente, y en algún caso, (a lo peor), en el suicidio.

El cruel entorno descrito suele venir agravado por otras enfermedades (oportunistas) de carácter físico, muy vinculadas a la bajada de defensas, insomnio, irritabilidad, cansancio y un aumento extraordinario de la angustia, estrés y tensión que redundan en las más diversas facetas de la vida de la víctima, personal, familiar, social, laboral, etc, multiplicando su efecto destructivo y la marginalización de la persona asediada, que queda acorralada en un escenario fóbico, (el centro de trabajo), al que debe acudir a diario.

El acoso, se presenta así como una perfecta mina antipersona, a la que todos/as estamos expuestos/as. Una estrategia de destrucción personal a la que nadie es inmune y una de las formas más miserables de ataque humano.

En este artículo fijaremos nuestra atención no en cualquier acoso, sino exclusivamente en el acoso ocupacional, como forma de violencia psicológica, aunque sin discriminar ninguna de sus diversas variedades, cuya mayor o menor protección depende de su regulación, que no es homogénea, como se verá. El acoso sexual y el acoso por razón de sexo es sin duda, el más y mejor regulado de las tipologías de acoso, dada la abundante legislación europea en materia de igualdad y no discriminación por razón de género, cuya protección va más allá de la relación de trabajo².

Le sigue con cierta distancia, el acoso discriminatorio, que engarza con lo que se ha venido en llamar las cinco causas de discriminación de nueva generación, reguladas a través de las Directivas 2000/43 y 2000/78 y transpuestas por la Ley 62/2003, por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, edad, discapacidad, u orientación sexual. A pesar de ser éstas las únicas causas de discriminación reguladas desde la UE, debe destacarse que existen otras causas de discriminación, también protegidas por el artículo 14 de la Constitución Española (CE), que no pueden ser excluidas como sustento de un actuar de hostigamiento discriminatorio.

Se denomina acoso no discriminatorio (acoso moral o “mobbing”), por exclusión, a aquella variedad no incluida en las anteriores, pero con idéntica finalidad destructiva.

En cualquier caso, el acoso, en todas sus posibles variedades son una forma más de violencia laboral, que afecta a la dignidad de millones de personas en todo el mundo, y que se incluye entre los denominados riesgos psicosociales, concepto más amplio que engloba al estrés, “burn out”, entre otros, y que abordaremos más adelante.

2. EL ESTRÉS LABORAL, LA PANDEMIA DEL S.XXI

Según el National Institute of Occupational Safety and Health (NIOSH) (1999), el estrés en el trabajo engloba «el conjunto de respuestas nocivas físicas y emocionales que se producen cuando las exigencias del trabajo no corresponden a las capacidades, recursos o necesidades del trabajador. También se ha definido como el conjunto de re-

² El 27 de noviembre de 1991 la Comisión de la CEE emitió una Recomendación relativa a la protección de la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo, que incorporaba un anexo donde se contenía el Código de Conducta para prevenir el acoso sexual en el trabajo. Posteriormente debe destacarse la Directiva 2002/73 /CE refundida a través de la Directiva 2006/54/CE. Y la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la Igualdad efectiva.

acciones emocionales, cognitivas, fisiológicas y del comportamiento a ciertos aspectos adversos o nocivos del contenido, la organización o el entorno de trabajo; o como un estado que se caracteriza por altos niveles de excitación y angustia, con la frecuente sensación de no poder hacer frente a la situación».

El estrés es sin duda el principal riesgo psicosocial.

Las encuestas sobre condiciones de trabajo realizadas a nivel europeo demuestran que este problema afecta a 1 de cada 3 trabajadores, cifras que son extrapolables a la sociedad española a tenor de las encuestas realizadas por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT).

La Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, en el año 2002 recogía en su campaña “trabajemos contra el estrés”: “(...) el estrés provoca la pérdida de millones de jornadas laborales cada año. Las cifras son elocuentes pero son demasiadas las víctimas que sufren sin decir nada y demasiadas también las empresas que no se dan cuenta de que el estrés puede incidir en gran medida en su rendimiento comercial”.

El Pacto Europeo para la salud mental y el bienestar, suscrito en Bruselas el 13 de junio de 2008 en el seno de la Conferencia de alto nivel de la UE, reconoce que: “los trastornos mentales están en aumento en la UE. Actualmente se calcula que casi 50 millones de ciudadanos (cerca del 11% de la población), tiene trastornos mentales, para los que hombres y mujeres desarrollan y muestras diferentes síntomas. La depresión ya es el problema de salud con mayor incidencia en muchos Estados miembros de la UE y es uno de los principales factores de riesgo del comportamiento suicida. En la UE, cada 9 minutos fallece un ciudadano a consecuencia del suicidio...”³

El estrés laboral surge de un desajuste entre el individuo y su trabajo, esto es, entre sus capacidades y las exigencias del empleo, y no pertenece a ámbitos sectoriales o profesionales aislados, sino que puede afectar potencialmente a cualquiera sea cual sea el lugar de trabajo, el tamaño de la empresa, el sector de actividad, o incluso el tipo de contrato de trabajo, si bien las estadísticas muestran que los mayores niveles de estrés se sitúan en el sector de servicios, y más específicamente en los servicios públicos, donde emergen con fuerza, incluido el sector de justicia.

Por otra parte, no se considera que todo tipo de estrés sea, en sí mismo, negativo, en particular las exposiciones a situaciones de presión de corta duración, sino únicamente aquel estrés que, por su naturaleza y prolongación en el tiempo, entrañe un verdadero riesgo para la salud. Según reconocen los expertos, al aumentar el estrés, pueden mejorar los niveles de salud y rendimiento, siempre que no se dé con excesiva frecuencia e intensidad y supere la capacidad personal de adaptación.

En cuanto a sus consecuencias para la salud, el estrés, al que se ha calificado como la enfermedad del siglo XX, puede producir alteraciones en el organismo, como enfermedades cardiovasculares, insomnio, temblores, irritabilidad, pérdida del apetito, falta de concentración, úlceras, afecciones cutáneas, lesiones renales, dolores de espalda y musculares, a lo que debe añadirse los efectos en la salud mental y trastornos psicológicos: cambios de comportamiento, frustración, ansiedad, depresión, que pueden experimentar quienes están sometidos a estrés, hay que añadir otras formas en que éste puede manifestarse: alcoholismo, farmacodependencia y, en casos extremos, suicidio.

Finalmente, debe recordarse que por la Organización Internacional del Trabajo se ha recomendado el reconocimiento de los trastornos mentales y del comportamiento, con vínculo directo entre los factores de riesgos que resulten de las actividades laborales,

3 <http://ec.europa.eu>, consultada el 13 de agosto de 2015.

tal y como se recoge expresamente en el apartado 2.4º.2 de la lista de enfermedades profesionales de la OIT (revisada en 2010).⁴

3. LOS RIESGOS PROFESIONALES EMERGENTES. ESOS GRANDES DESCONOCIDOS LLAMADOS PSICOSOCIALES

El s.XXI llegó acompañado de profundos cambios en el mundo del trabajo, cambios ya iniciados en la segunda mitad del s.XX, y que no son más que el efecto de las profundas transformaciones socioeconómicas, demográficas, políticas, técnicas y organizacionales, a escala mundial, con la globalización, como seña de identidad de la economía actual.

Las relaciones de trabajo continúan generando situaciones de conflicto y la definición jurídica de trabajo sigue siendo válida, pero la sociedad ha evolucionado, están cambiando los escenarios productivos y la propia forma de trabajar, sin que el mundo jurídico y judicial pueda permanecer ajeno a dichos cambios.

Se manejan conceptos nuevos, tales como «calidad del trabajo», «ambiente de trabajo», «riesgos psicosociales», «ergonomía», «cultura de la seguridad» y «violencia en el lugar de trabajo», entre otros, que nos obligan a reconsiderar el concepto tradicional de condiciones de trabajo y dar entrada a situaciones, que si bien han estado presentes, no habían merecido la atención jurídica, ni judicial.

La interrelación entre enfermedad y trabajo tiene su génesis normativa en la revolución industrial, que fue el presupuesto sociológico del surgimiento del derecho del trabajo, como disciplina emancipada del derecho civil, para dar “una solución política, en nombre de una idea de justicia, a los graves problemas sociales del momento”⁵. El derecho del trabajo nació como un dique limitador a los perjuicios obreros surgidos del libre juego entre la oferta y la demanda. Un dique tutelador de la dignidad del trabajador y su desvalida posición contractual, pues al sustraer un conjunto de normas imperativas básicas, del juego de la autonomía contractual, se concede al trabajador un zócalo de derechos irrenunciables correctores de la libertad contractual.⁶

Pero las nuevas actuales condiciones de productividad y competitividad empresarial han generado cambios en los procesos y en las condiciones de trabajo, intensificando la presión laboral, la inseguridad, y la visualización de los denominados factores y riesgos psicosociales.

Uno de los primeros documentos oficiales e internacionales en abordar el tema de los factores psicosociales en el trabajo fue “Los Factores Psicosociales en el Trabajo: Reconocimiento y Control” documento publicado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1984. En el documento se comienza por reconocer la complejidad del tema “Los factores psicosociales en el trabajo son complejos y difíciles de entender, dado que representan el conjunto de las percepciones y experiencias del trabajador y abarcan muchos aspectos”. Por lo mismo, consideran que cualquier intento de definición tiene que ser amplio y complejo, al menos lo suficiente como para recoger su problemática global. Se propone como definición “Los factores psicosociales en el trabajo consisten en interacciones entre el trabajo, su medio ambiente, la satisfacción en el trabajo y las condiciones de organización, por una parte, y por la otra, las capacidades del trabajador, sus necesidades, su cultura y su situación personal fuera del trabajo, todo lo cual, a

4 http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@safework/documents/publication/wcms_125164.pdf, consultada el 24 de agosto de 2015.

5 Borrajo Dacruz, Efrén. *Introducción al Derecho del trabajo*. 9ª Edición, 1996, Editorial Tecnos.

6 Ramírez Martínez, Juan M. y Camps, L.M. *Derecho del Trabajo*, 4ª edición, 2014 - Edición- Bosch

través de percepciones y experiencias, puede influir en la salud, en el rendimiento y en la satisfacción en el trabajo”.

Los riesgos psicosociales son sin duda esos grandes desconocidos por su difícil objetivación, a cuyo reconocimiento se han venido resistiendo tanto los técnicos en prevención de riesgos laborales más rigoristas, como juristas con un criterio tradicionalista de la obligación de prevención y protección de la salud ocupacional entroncado a un concepto de salud eminentemente física, aunque, por suerte, ello ha venido cambiando durante los últimos años, en paralelo a una nueva configuración de la obligación empresarial de prevención, mucho más abierta y menos formalista, que no excluye a las Administraciones Públicas u otros órganos estatales, como el CGPJ.

La Unión Europea (UE), ha ayudado sin duda en esta mutación, al prestar especial atención a estos riesgos emergentes, por dos razones. De un lado, por su potencialidad para perjudicar la salud de los trabajadores, y de otro lado, por ser un obstáculo para la productividad empresarial que se ve directamente afectada por la neutralización del trabajador “enfermo”.⁷

Los planteamientos generales sobre los riesgos laborales pueden y deben aplicarse al ámbito de los riesgos psicosociales. Un riesgo psicosocial laboral es el hecho, acontecimiento, situación o estado consecuencia de la organización del trabajo, que tiene una alta probabilidad de afectar a la salud del trabajador y cuyas consecuencias médicas y económicas, suelen ser importantes, aunque en cada trabajador los efectos puedan ser diferentes.

El pasado mes de junio 2014, fue aprobada la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones relativa al nuevo marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo (2014-2020), entre cuyos retos, se incluye : “mejorar la prevención de enfermedades relacionadas con el trabajo, combatiendo los riesgos existentes, nuevos y emergentes.”

Dentro de los riesgos psicosociales se incluyen:

- a) Incremento de la carga laboral, intensificación del trabajo, alta responsabilidad, y prolongación de las jornadas para poder cumplir con las exigencias de trabajo, con un aumento del estrés y repercusión en la estabilidad psicológica del operario.
- b) Situaciones de acoso psicológico y de la violencia en el trabajo.
- c) Desajustes entre la vida laboral y la vida personal y familiar, esto es entre vida privada y condiciones de trabajo.
- d) Cambios organizativos y conflictos del rol, relaciones interpersonales de trabajo, etc.

Una de las peculiaridades de estos riesgos de nueva generación, es su carácter transversal o mejor dicho, universal, pues a diferencia de los riesgos tradicionales, más localizados en el sector productivo primario y secundario, los psicosociales no discriminan ni por actividad, ni por tamaño del centro de producción, ni por el tipo de empleador (público o privado). Lo anterior unido a las nuevas condiciones de competitividad a un nivel globalizado, las crisis económicas que no respetan fronteras y la creciente inseguridad en las condiciones de empleo y en el propio empleo, son un perfecto adobo para intensificar la presión laboral sobre las personas y las organizaciones. No se trata de una especulación, pues los datos arrojados por las encuestas más solventes así lo reflejan.

⁷ Pomares Cintas, Esther; *Revista de Derecho Penal* nº34-2011: “ Como reconoce C.Gamero Burón, el interés de los economistas sobre esta clase de riesgos ha ido progresivamente aumentando en la medida en que representan enormes costes empresariales(...)” También La Resolución del Parlamento Europeo 2001/2339, de 20 de septiembre sobre el acoso moral en el lugar de trabajo, recoge sus nefastas consecuencias para los empleadores públicos o privados, al aumentar el absentismo y la falta de concentración de las personas afectadas.

4. LA RADIOGRAFÍA PSICOSOCIAL EUROPEA

Según Informe publicado en 2015, sobre el alcance de la violencia y del acoso en el lugar de trabajo en la EU28 y Noruega, basado en encuestas realizadas entre 2009-2013 y en las conclusiones sobre la V Encuesta europea sobre condiciones de trabajo (EWCS) de *Eurofound*, alrededor de un 60% de los trabajadores encuestados manifestaron problemas relacionados con el exceso de carga de trabajo y las distintas formas de acoso muestran en la UE, tendencias divergentes. Mientras la violencia física tiende a disminuir, otras formas de comportamiento social adverso (*adverse social behaviour-ASB-*), persisten. En 2010, el 14% de los trabajadores encuestados manifestaron haber sufrido algún tipo de ASB. El Informe también refleja el grado de acoso por estados, destacando que los países bálticos, los del centro y oeste europeo así como los países escandinavos, se encuentran por encima del promedio global (del 14%), siendo Austria, la República Checa y Finlandia los que encabezan el ranking, con más de un 20% de trabajadores que declaran sufrir violencia o acoso en el trabajo. En contraste, en la mitad de los países del este europeo y en la totalidad de los países del sur de Europa, los porcentajes son inferiores al promedio europeo y van del 6% en Chipre, hasta el 12% en Croacia, siendo del 8% el porcentaje que resulta en España.⁸

De acuerdo con la *Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo*, el estrés es el segundo problema de salud relacionado con el trabajo, afectando en 2005 al 22% de los trabajadores de la UE y se calcula que en 2002, este riesgo psicosocial costaba a la UE un mínimo de 20.000 millones de euros al año, en relación al tiempo perdido y gastos sanitarios.⁹

El Observatorio Europeo de Condiciones de trabajo (EWCO), que depende de la *Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo* (“*European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*”), cuyas funciones son proporcionar formación sobre cuestiones relacionadas con la calidad del trabajo, en la III Encuesta Europea de Condiciones de Trabajo (2000) halló que el 9% de los trabajadores se sienten acosados en su puesto de trabajo, siendo sensiblemente inferior en España (5%) y Portugal (4%). Pero en la IV Encuesta (2007) esta tasa bajó hasta aproximadamente el 5% (no se proporcionan los datos específicos de cada país). La V Encuesta realizada (2012), y la más reciente, se mantuvo en el 5% europeo, siendo los niveles de exposición a violencia, acoso y discriminación en el trabajo español del 4’70%. Aunque los porcentajes europeos en medición de violencia física ocupacional, son del 2% frente al 1% español, y de igual modo el abuso verbal en el trabajo se sitúa en el 11% en Europa, siendo el español casi la mitad (5’2%). Si atendemos a la distribución estadística de abuso en el trabajo por sexos, en nuestro país el porcentaje para los hombres se sitúa en el 5’4% frente al 4’9% respecto de las mujeres. Y la afectación de abuso en el lugar de trabajo por tramos de edad en España desvelan que son superiores para los trabajadores entre 30 y 49 años es del 6’3%, en los menores de 30 años, del 5’4%, y la afectación sobre los mayores de 50 es del 2’2%.¹⁰

8 www.eurofound.europa.eu, consultada en fecha 10 de agosto de 2015.

No obstante, el Informe Cisneros VI (Piñuel y Oñate) en el 2006 cuantificó la vivencia de acoso en el momento de la evaluación en el 9,2 % y aproximadamente el 25% a lo largo de su vida laboral.

El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en 2007, tasó el acoso psicológico en el trabajo en España en el 1,4 y el 2,9, en función de la definición del acoso. Esta oscilación en las cifras es una consecuencia del procedimiento de estudio que implica autoinformes sobre definiciones del acoso moral que no son concordantes. De cualquier modo, las cifras son realmente preocupantes, especialmente para la salud en el trabajo y las implicaciones legales de las mismas.

9 www.osha.europa.eu consultada a 10 de agosto de 2015.

10 www.istas.ccoo.es ; www.eurofound.europa.eu y www.ugtbalears.com, consultadas en fecha 10 de agosto de 2015.

Siguiendo los resultados de *la Segunda Encuesta Europea de empresas sobre riesgos nuevos y emergentes (ESENER 2014)*, realizado por la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, en Europa más del 25% de los trabajadores, afirman que experimentan estrés relacionado con el trabajo durante toda o casi toda su jornada de trabajo, y un porcentaje similar declara que el trabajo tiene un efecto negativo en su salud. Los riesgos más frecuentes se relacionan con el tipo de tareas asignadas, la intensidad y sobrecarga de trabajo, y aunque el acoso y la violencia en el trabajo se denuncian con menos frecuencia, están presentes en las respuestas obtenidas. Los riesgos psicosociales son un motivo de preocupación para la mayoría de las empresas: casi el 80% de los directivos manifiestan preocupación por el estrés ligado al trabajo y casi 1 de cada 5 considera que la violencia y el acoso son problemas importantes. Si analizamos riesgos individuales, la presión de tiempo y los clientes, pacientes y trabajadores subalternos difíciles son las principales preocupaciones de los directivos. A pesar de ello, menos de un tercio de las empresas han establecido procedimientos para la prevención de este tipo de riesgos. Igualmente se destaca en el Informe que la eficacia de las políticas o actuaciones para combatir los riesgos psicosociales en los lugares de trabajo, exige una actividad continuada y no puntual, y la aplicación de un plan específico y adaptado a cada tipo de actividad o lugar de trabajo.¹¹

En el Informe sobre acoso moral en el lugar de trabajo (2001/2339 (INI)) de 16 de julio de 2001, remitido por la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales de la UE al Parlamento Europeo, que fue aprobado como Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo (julio 2001), se recoge literalmente:

“el 8% de los empleados de la UE, es decir, unos 12 millones de personas, afirman haber sido víctimas de acoso moral, en el lugar de trabajo en el intervalo de los últimos 12 meses, según una encuesta realizada a 21.500 trabajadores por la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo con sede en Dublín, debiéndose partir de la base de una cifra de casos desconocidos considerablemente superior (...) Las mujeres son víctimas de acoso en mayor medida que los hombres, un 9% y un 7% respectivamente, estando los trabajadores temporales más expuestos que los fijos. La proporción de gente acosada es más elevada en la Administración Pública, un 13% frente a los empleados de servicios, un 11% y de la banca, un 10%.(...)”¹²

En la VII Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo en España, elaborada en 2011 por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT), se destaca que los indicadores relativos a exigencias derivadas de factores psicosociales del trabajo han empeorado respecto a cuatro años antes. Un 23’9% de los trabajadores encuestados se siente agobiados por la excesiva carga de trabajo, (en la encuesta de 2007 era del 20’3%) ; y un 11% de los trabajadores declara haber sufrido conductas violentas en el trabajo.¹³

La Encuesta sobre Calidad de Vida Laboral realizada en 2010 por el Ministerio de Trabajo e Inmigración del Gobierno de España, recoge que el 49,9% de las personas ocupadas manifiestan niveles altos o muy altos de estrés frente al 17,4% que expresan niveles bajos o muy bajos.¹⁴

De los resultados objetivos referidos se llega, sin dificultad, a la conclusión de que los riesgos psicosociales son un grave problema de impacto global, cuya repercusión, los convierte en una cuestión de salud pública internacional.

11 <https://osha.europa.eu>, consultada en fecha 10 de agosto de 2015.

12 www.europarl.europa.eu, consultada en fecha 10 de agosto de 2015.

13 www.insht.es, consultada en fecha 10 de agosto de 2015.

14 www.empleo.gob.es, consultada en fecha 10 de agosto de 2015.

5. LA RESPUESTA JURÍDICO-PREVENTIVA EN MATERIA DE RIESGOS PSICOSOCIALES, EN LA JUDICATURA

El judicial ha sido el último colectivo europeo desterrado de la prevención de riesgos, hasta hace tan solo unos meses (febrero 2015), en que fue aprobado por el garante de la salud judicial, (el CGPJ), el primer Plan de Prevención de Riesgos Laborales para la carrera Judicial 2015-2016.¹⁵

Actualmente, queda fuera de toda discusión que a los/as Jueces/as de este país no quedamos excluidos/as del amplio abanico de normas vigentes en materia de prevención de riesgos laborales y protección a la salud, en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, ello en base a los siguientes preceptos legales y herramientas preventivas.

A.—Entre los principios rectores de la política social y económica, el artículo 40.2 de la *Constitución Española* recoge el mandato dirigido a los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo, sin excepciones.

Pero en materia de riesgos psicosociales, el precepto constitucional principalmente vulnerado es, sin duda alguna, *el artículo 15.1º*, que protege el derecho a la integridad física y moral, y así se ha declarado por el Tribunal Constitucional, posicionándose hacia una nueva tutela judicial preventiva, frente a situaciones de acoso en el lugar de trabajo.¹⁶

B.—*El artículo 2.1 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo*, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, incluye en su ámbito de aplicación a todos los sectores de actividades públicas o privadas, exceptuando determinadas actividades específicas de la función pública. La actividad de Jueces/as y Magistrados/as no se incluye en las actividades que enumera a estos efectos de forma no exhaustiva el citado precepto, ni sus características se oponen de forma concluyente a la aplicación de esta normativa. La jurisprudencia comunitaria propugna una interpretación amplia en cuanto al ámbito de aplicación de esa Directiva y en base al propio tenor literal del artículo 2.1, que acabamos de referir (Sentencias del TJCE de 3-10-00, C-303/98, 5-10-04, C-397/01 a 403/01; 12-1-06, C-132/04); y, por tanto, es estricta en cuanto a las exclusiones que pudieran darse respecto a su aplicabilidad, limitándolas a lo estrictamente necesario y con la única finalidad de salvaguardar los intereses a proteger por los Estados miembros (véanse las Sentencias que se acaban de consignar y también los Autos de 3-7-01, C-241/99 y 14-7-05, C-52/04). Para ello toma en consideración no la pertenencia a un determinado colectivo, sino exclusivamente la específica naturaleza de ciertos cometidos conectada con la absoluta necesidad de garantizar una protección eficaz de la colectividad (TJCE, Sentencia 12-1-06, C-132/04 y auto 14-7-05, C-52/04). Con fundamento en lo anterior, la excepción del artículo 2.2 solamente puede aplicarse en el supuesto que se den “acontecimientos excepcionales en los cuales el correcto desarrollo de las medidas destinadas a garantizar la protección de la población en situaciones de grave riesgo colectivo exige que el personal que tenga que hacer frente a un suceso de este tipo conceda una prioridad absoluta a la finalidad perseguida por tales medidas con el fin de que ésta pueda alcanzarse” (TJCE Sentencia 12-1-06, C-132/04 y Auto 14-7-05, C-52/04).

C.—La citada Directiva comunitaria fue transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico por la *Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)*, que resulta aplicable para promover la Seguridad y Salud de los/as trabajadores/as no sola-

¹⁵ www.cgpj.es, consultada a 10 de agosto de 2015.

¹⁶ Este nuevo criterio de tutela preventiva, impulsado desde los juzgados de lo social, ha sido plenamente convalidado por el Tribunal Constitucional en sus sentencias nº62/2007 y 160/2007.

mente en el ámbito de las relaciones laborales reguladas por el Estatuto de los Trabajadores, sino también en las de carácter administrativo o Estatutario del personal civil al servicio de las Administraciones Públicas. Los Jueces/as y Magistrados/as no quedan fuera del ámbito de aplicación de esta Ley, al no incluirse dentro de los colectivos excluidos de dicho ámbito (artículos 3.2 y 3.4 Ley 31/95) ni tampoco dentro de los colectivos, sujetos a matización (artículo 3.3 Ley 31/95). Esta conclusión queda ratificada atendiendo a una consolidada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, al respecto (Sentencias de 6-2-01, 12-2-02, 19-2-02, y 24-9-02, entre otras) que viene a deslindar dos aspectos en su actividad ordinaria: por una parte, está su carácter de empleado público, sometido a un determinado estatuto profesional, respecto al cual concurren las potestades de inspección y disciplinaria del CGPJ; y, por otra parte, la de ser titular de la potestad jurisdiccional, respecto al cual los órganos de gobierno del Poder Judicial carecen de atribuciones para revisar su ejercicio.

D.—*El Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial, aprobado por Acuerdo de 28 de abril de 2011 (BOE 9 de mayo de 2011).* El artículo 317 de esta norma recoge expresamente el derecho de jueces/as y magistrados/as a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el ejercicio de sus funciones, y así mismo establece que el CGPJ promoverá, cuantas medidas sean necesarias para el cumplimiento de lo anterior.

E.—*El Convenio para la creación y seguimiento de un sistema de prevención de riesgos laborales y de vigilancia de la Salud de los Miembros de la carrera Judicial, suscrito entre el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de justicia, en fecha 15 de diciembre de 2010.* En el apartado Tercero del mismo se declara abiertamente que los/as jueces/as y magistrados/as no quedan excluidos/as de la aplicación de la Directiva 89/391 ni de la LPRL, ni por ende de la LPRL 31/1995. Y también se hace referencia a que en materia de carga de trabajo saludable, la competencia es del CGPJ. Finalmente, se recogen una serie de obligaciones entre las partes signatarias, entre otras, la implantación de un plan de prevención de riesgos (que ha tardado más de cinco años en cumplirse), revisiones médicas, servicio de prevención etc.

F.—*Y el Primer Plan de Prevención de Riesgos Laborales (2015-2016), para la carrera judicial, aprobado el 27 de febrero de 2015,* por la Comisión de Seguimiento del Convenio del sistema de prevención de riesgos de la carrera judicial, habiéndose iniciado, desde el pasado mes de junio 2015, las primeras valoraciones de riesgos psicosociales y ergonómicos por puestos de trabajo, en cada uno de los órganos judiciales unipersonales y colegiados de nuestro país, previéndose para finales del año 2015 la terminación de las mismas, y a partir de aquí, la obtención de los primeros resultados. Igualmente debe destacarse el expreso reconocimiento que se hace de las cargas de trabajo como un riesgo laboral, y el CGPJ se obliga a fijar unas cargas de trabajo saludables.¹⁷

G.—*En materia acoso ocupacional (todas las variedades), es aplicable a la carrera judicial, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del Orden Social que define el concepto de acoso discriminatorio, en transposición de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE.*

La Resolución del Parlamento Europeo sobre acoso moral en el trabajo 2001/2339 (INI), de 20 de septiembre de 2001, que recomienda a los Estados miembros poner en práctica políticas de prevención eficaces y definir procedimientos de solución.

El Acuerdo Marco Europeo, sobre acoso y violencia en el trabajo de 26 de abril de 2007, que aunque sea un acuerdo jurídicamente no vinculante, tiene la virtualidad de

17 www.poderjudicial.es (Intranet)

proporcionar pautas consensuadas de actuación a través de diversas medidas y procedimientos de anticipación y tratamiento al problema.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, que incluye la definición de acoso sexual y acoso por razón de sexo. Además del Código Penal, que tipifica tanto el acoso sexual (art. 184), como el acoso laboral (art. 173).

Y desde el pasado 17 de febrero de 2015, *El primer Protocolo de actuación frente al acoso sexual, el acoso por razón de sexo, al acoso discriminatorio y el acoso y violencia en la carrera judicial*, que ha sido aprobado en el seno de la Comisión de Igualdad y la Comisión Nacional de Seguridad y Salud de la carrera judicial del CGPJ pendiente de aplicación efectiva.

6. IMPACTO DEL ACOSO Y EL ESTRÉS EN LA CARRERA JUDICIAL

Hasta aquí, se han analizado las peculiaridades de los riesgos psicosociales como riesgos organizativos, proyectados exclusivamente respecto a un colectivo de trabajadores estándar, sea laboral o administrativo, pero ninguna de las encuestas referidas ha analizado, en sus mediciones, las peculiares características productivas del colectivo judicial.

Esas especiales características de la prestación de servicios jurisdiccionales, requieren una eficiente organización y gestión del trabajo, que permita un tratamiento especial y específico de los distintos riesgos psicosociales, que con mayor virulencia afectan a los integrantes de la carrera judicial. *El de mayor impacto es, sin duda, el estrés, directamente conectado con una pésima gestión organizacional en la distribución de la carga de trabajo judicial.*

El pasado mes de septiembre de 2014, el CGPJ, publicaba los Informes efectuados por el servicio de inspección del CGPJ, basado en las mediciones de las cargas de trabajo de entrada de los juzgados y tribunales durante el año 2013, tomando como referente las horquillas fijadas en el Acuerdo del Pleno del CGPJ en fecha 9 de septiembre de 2013, (efectos de 1 de enero de 2013), que aunque fue posteriormente anulado por Sentencia del Tribunal Supremo (Sala III) de 9 de octubre de 2014¹⁸, por defectos de forma, ello no obsta a su validez material como referente objetivo a efectos psicosociales, aunque las mediciones efectuadas sean el sumatorio de las cargas soportadas por jueces/as secretarios/as y funcionarios/as de los órganos judiciales. Pero son un referente objetivo de cargas judiciales, en cualquier caso.

Los resultados revelaron que el 43'53% de los órganos judiciales superan el 150% de las cargas de trabajo razonables, y que el 23'64% se sitúan por debajo del 100%, por lo que hay otro 32'83% que se sitúan entre el 100% y el 150%, es decir, también por encima de unas supuestas cargas de entrada tolerables.

Sin perjuicio de los resultados que puedan obtenerse en unos meses, tras la finalización de las valoraciones de riesgos ergonómicos y psicosociales en marcha, los valores referidos evidencian que una mayoría alarmante del 76'36%, de los/as jueces/as de este país, ejercen sus funciones jurisdiccionales en condiciones tóxicas, desde un punto de vista psicosocial, soportando una carga de trabajo irracional, cuya negativa repercusión se magnifica, si se tiene en cuenta que ellos y ellas son administradores/as de la justicia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 117 del Texto constitucional, y los/as centinelas

18 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo de 9 de octubre de 2014, Recurso nº 497/2013, ponente: Sr. D. Pedro José Yagüe.

del cumplimiento del ordenamiento jurídico por parte de los restantes poderes del estado, asegurando de este modo la separación de poderes en un estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Por tanto, los perjuicios psicológicos derivados de la endémica exposición a cargas de trabajo judiciales inadecuadas, no sólo socavan el equilibrio psicológico del juzgador/a, sino que supone, además, el pago de un alto precio social para la ciudadanía, que se ve irremediadamente afectada en su derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva en plazos prudentes y razonables (art.24 CE).

La alarmante situación descrita sólo podrá remediarse o, en su caso, atenuarse, mediante la aplicación de medidas objetivas de prevención primaria, entre otras, la limitación de cargas de trabajo que de forma individualizada debe soportar el/la productor/a judicial y para ello urge el inicio inaplazable de los trabajos de medición de cargas saludables, que se incluye expresamente en el Plan de Prevención de Riesgos laborales de la carrera judicial y que actualmente se incumple flagrantemente, condicionándolo a otro tipo de mediciones movidas por criterios más economicistas y menos saludables y humanos.

El segundo riesgo psicosocial al que también se expone la salud judicial, es el acoso, en todas sus variedades.

La concurrencia de diversos colectivos (funcionarios, secretarios/as judiciales, fiscales, letrados, procuradores, graduados sociales, ciudadanos/as...), de diversa dependencia orgánica y funcional incrementan peligrosamente las posibilidades de exposición a un proceso de acoso, de mayor o menor magnitud, dependiendo de la violencia con la que se acometa, de la dependencia jerárquica o psicológica de la víctima, de la duración del acoso, del aislamiento, la discriminación, estigmatización, grado de humillación, desprecio, minusvaloración y sobre todo también, de la resistencia emocional y fortaleza de la víctima.

Sufrir acoso en el trabajo repercute de manera considerable en la salud y en la capacidad productiva, y menoscaba la sostenibilidad del trabajo.

Un riesgo psicosocial, como el acoso (sea sexual, discriminatorio o no), neutraliza directamente los pilares psicológicos del ser humano y con ellos, limita sus capacidades físicas, y se puede convertir en una secuela psicológica capaz de destruir la capacidad y aptitud funcional, que tratándose de un trabajo, eminentemente intelectual como es el judicial, puede derivar fácilmente en una incapacidad, temporal o permanente.

Y no deben despreciarse, tampoco, los efectos nocivos del acoso para la organización de trabajo: disminución del rendimiento y productividad, aumento del absentismo, repercusión negativa en el clima social de trabajo e incremento de la accidentabilidad (por negligencia, descuidos etc.)

Desde una perspectiva preventiva resulta adecuado entender el acoso, como el final de un proceso de violencia. Esta forma de conceptualizar el problema del acoso nos permite; 1.—establecer los factores organizacionales que favorecen su aparición; 2.—detectar las malas prácticas de recursos humanos; 3.—reconocer las dinámicas que permiten que se concrete en un determinado ambiente y 4.—visualizarlo a través de conductas específicas.¹⁹

¹⁹ Gimeno Navarro, Miguel A; "Actuaciones frente a los conflictos de acoso y violencia laboral. Procedimiento de solución autónoma." Encuentro Internacional sobre análisis de legislación y práctica jurídica sobre el acoso moral en el trabajo o Mobbing — septiembre 2010, San Sebastián—.

Las principales líneas de actuación para hacer frente a los riesgos por violencia laboral como el acoso, deben desplegarse de un lado a nivel preventivo, mediante una correcta evaluación de riesgos psicosociales, que en el caso de la justicia, deberá tener en cuenta las singularidades de esta actividad profesional, eminentemente independiente, sin sujeción jerárquica, sin apoyos, no sometida a un horario pero sí a la alta responsabilidad que supone decidir sobre cuestiones ajenas, de las más diversas materias integradas en cada jurisdicción, y hacerlo en “tiempos razonables”, y todo ello con sometimiento a la presión social de operadores jurídicos y ciudadanos/as de un lado, y a los controles de “eficacia” desplegados desde el CGPJ, por otro.

Y la segunda línea de actuación frente al acoso, se proyecta a través de la implantación de protocolos de actuación internos, que se activan a partir de una queja o denuncia. La judicatura ya cuenta con esta herramienta, pues el pasado *17 de febrero de 2015 fue aprobado el primer Protocolo de actuación frente al acoso sexual, el acoso por razón de sexo, al acoso discriminatorio y el acoso y violencia en la carrera judicial*, en el seno de la Comisión de Igualdad y la Comisión Nacional de Seguridad y Salud de la carrera judicial del CGPJ, aunque a fecha de hoy todavía está pendiente de aplicación efectiva por parte del CGPJ.

7. PROTOCOLO DE ACTUACIÓN FRENTE AL ACOSO SEXUAL, AL ACOSO POR RAZÓN DE SEXO, ACOSO DISCRIMINATORIO, ACOSO Y VIOLENCIA EN LA CARRERA JUDICIAL

El protocolo se estructura en un total de cinco capítulos, que reúnen un total de 17 artículos, de acuerdo con la siguiente distribución:

- Capítulo Primero: disposiciones generales (artículos 1 a 4)
- Capítulo Segundo: la prevención primaria (artículos 5 a 9)
- Capítulo Tercero: la prevención secundaria (artículos 10 a 12)
- Capítulo Cuarto : la prevención terciaria (artículo 13)
- Capítulo Quinto: disposiciones técnicas (artículos 14 a 17)

Es una buena herramienta para ser la primera, que requerirá de muchas adaptaciones y mejoras en el futuro, pero que de partida es más completa que otros protocolos, al ser omnicompreensiva, pues no excluye ninguna modalidad de acoso y violencia ocupacional.

Se exponen a continuación las cuestiones más relevantes de este protocolo antiacoso.

A) *Ámbito de aplicación Subjetivo*. Integrantes de la carrera judicial, en servicio activo cualquiera que sea su situación administrativa, jueces/as sustitutos/as, eméritos/as, de paz, en prácticas o alumnos/as en la escuela judicial y en general a aquellos/as a los que se le pueden aplicar las medidas disciplinarias previstas en el art. 414 y ss de la LOPJ (“*La responsabilidad disciplinaria*”).

En el caso de tratarse de personal fuera de la carrera judicial (tanto como sujeto activo o pasivo del acoso), se aplicará el protocolo en conjunción con las medidas establecidas en el protocolo aplicable a la Administración Pública a la que pertenezca, que puede ser bien el de la Administración General del Estado²⁰ o el de la CCAA de la que se trate. En cualquier caso, podrán aplicarse las medidas de protección primaria. Y si la persona

²⁰ Acuerdo de 6 de abril de 2011 de la Mesa general de negociación de la Administración General del Estado sobre el protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado (BOE 1 de junio de 2011) y el Acuerdo de 27 de julio de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del estado y de los Organismos Públicos vinculados a ella (BOE 8 de agosto de 2011).

presuntamente agresora pertenece a la carrera judicial (aunque no lo sea la víctima), cabe igualmente aplicar el protocolo.

Se apoyará a la presunta víctima, en la defensa de sus intereses, según el estatuto profesional de la persona acosadora y el protocolo de acoso que sea aplicable (protección secundaria), y las medidas previstas en el protocolo dirigidas a facilitar su proyecto profesional.

B) *Ámbito de aplicación objetivo.* En el art. 3 del protocolo se recoge un listado no exhaustivo de conductas que quedan incluidas bajo el ámbito de aplicación objetiva del protocolo. En materia de acoso sexual y acoso por razón de sexo se hace una remisión al art. 7 de la LOIMH 3/2007, que incluye las definiciones contenidas en la Directiva Comunitaria 54/2006. Y por lo que respecta al acoso discriminatorio remite al art. 28 de la ley 62/2003, de 30 de diciembre.

Se define el acoso psicológico y la violencia en el lugar de trabajo tomando como referente el Acuerdo Marco Europeo de 26 de abril de 2007 sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo (AMEVA), que ofrece un marco de gestión específico del riesgo de violencia en el trabajo, pero no sólo de acoso moral en el trabajo.

C) *La triple Prevención en Materia de Acoso Judicial.*

C.1º.—Prevención Primaria: figura del Asesor/a Confidencial. Declaración de principios y obligaciones del CGPJ y creación de la figura del asesor/a confidencial, que se define y regula en el apartado de prevención primaria, aunque realmente su intervención, en el procedimiento informal, forma parte realmente de la prevención secundaria.

Se trata de una figura elegida entre jueces/as titulares en activo, previa audiencia de las asociaciones judiciales, aunque también cabe proponer asesor/a no asociado/a con avales. Para la designación se valorarán los conocimientos en materia de igualdad y no discriminación. En cualquier caso, el acuerdo de la Sala de Gobierno designándolo/a, deberá ser motivado y quedan excluidos/as de la elección los miembros de la Sala de Gobierno. Por razones geográficas podrá designarse otro/a asesor/a confidencial en otros partidos judiciales diferente al de Sala de Gobierno.

Y se prevé expresamente la designa de un asesor confidencial, a nivel nacional, por la Comisión Nacional de Seguridad y salud (CNSS) y la Comisión de Igualdad (CI) del CGPJ, para los miembros de la carrera judicial que presten servicios en el CGPJ.

El art. 8 del protocolo recoge una serie de derechos y deberes del asesor confidencial, bajo el título “*Estatuto del asesor confidencial*”

Derechos del Asesor/a: Derecho a formación permisos y licencias necesarias para llevar a cabo sus funciones, reembolso de gastos necesario así como dietas, previas las justificaciones oportunas. Las funciones del asesor/a no afectarán a la valoración de su rendimiento, inclusive a efectos retributivos, y eventualmente disciplinarios.

Se le reconoce “Garantía de indemnidad”, recogándose en el protocolo la obligación del CGPJ de protección del asesor/a frente a represalias.

Deberes del Asesor/a: Deber de confidencialidad y secreto y no podrá ser llamado/a a declarar para el caso, de que en relación con los hechos descritos en la queja se abriese expediente disciplinario. Sujeción a causas legales de abstención de jueces/as y magistrados/as y si la víctima cree que concurren causas de abstención, podrá acudir directamente al asesor suplente.

Funciones del Asesor/a: El asesor/a confidencial será el encargado/a de tramitar el procedimiento informal y de asesorar y apoyar a la víctima para la mejor efectividad de las medidas de prevención terciaria. Y podrá dirigir consulta o proponer modificaciones del protocolo a la CNSS y a la CI del CGPJ.

También se regula la figura del Asesor/a suplente, para sustituir al Asesor/a, en periodos de vacaciones, permisos, baja etc. o cuando incurra en causa de recusación, o por ejemplo que el propio asesor/a sea el/a acosador/a.

C.2º.—*Prevención Secundaria:*

El *procedimiento informal de solución* es un instrumento rápido y confidencial de solución, que pretende garantizar un ambiente de trabajo sin acoso sin necesidad de iniciar un procedimiento disciplinario. Se excluyen los supuestos en los que los hechos revistan caracteres de delito perseguible de oficio mediante querrela o denuncia del Ministerio Fiscal, o en el caso de que por su gravedad pueda comprometer el buen funcionamiento o imagen pública de la Administración de Justicia.

El procedimiento se inicia mediante presentación de queja (verbal o escrita) por parte de la supuesta víctima ante el asesor/a confidencial y se respeta el anonimato, aunque el/a asesor/a confidencial deberá elevar una estadística anual ante la CI y la CNSS limitándose a expresar el número de quejas tramitadas y los trámites.

En ningún caso el/a asesor/a exigirá pruebas demostrativas de los hechos denunciados.

Para tramitar la queja, el/a asesor/a se dirigirá a la persona, supuestamente acosadora, para manifestarle su existencia. El sujeto pasivo de la queja podrá guardar silencio o hacer manifestaciones. Realizada la gestión, el asesor comunicará el resultado a la supuesta víctima, transmitiéndole en su caso, la explicación que se haya dado, concluyendo así el procedimiento informal de solución.

Una vez tramitada una queja por unos determinados hechos, no se podrá seguir otro procedimiento informal por los mismos hechos, de modo que si se presenta otra queja, el asesor informará del derecho a iniciar el procedimiento disciplinario formal de conformidad con lo establecido en los artículos 421 y 423 de la LOPJ.

Aunque no se recoge expresamente en el protocolo, no deben descartarse otro tipo de actuaciones por parte del/a asesor/a, en una línea más mediadora y/o conciliadora, que incluya incluso reuniones con las dos partes implicadas, pues en caso contrario perdería eficacia práctica el protocolo, a costa de un excesivo rigorismo que lo haría inservible para la consecución de su finalidad básica.

El procedimiento disciplinario Formal. Si los hechos no fueran canalizables a través del procedimiento informal, o bien la presunta víctima decide no utilizarlo, o si habiéndolo hecho se reitera el comportamiento, la víctima podrá dirigirse al órgano competente para iniciar el procedimiento disciplinario formal (artículos 421 a 423 LOPJ).

Todo lo expuesto, se entiende sin perjuicio de las responsabilidades derivadas de la comisión del delito de acoso moral tipificado en el artículo 173 del Código Penal, de acoso sexual tipificado en el artículo 184 del Código Penal, o del delito o falta de que se trate de acuerdo con los hechos.

El artículo 12 del protocolo regula las garantías en la tramitación del procedimiento informal o, en su caso, el disciplinario formal: garantía de objetividad, garantía de seriedad, garantía de confidencialidad, garantía de celeridad, y garantía de inmunidad.

Se trata de un conjunto de garantías formales, cuya aplicación real se verá a medida que el protocolo inicie su andadura y, sobre todo a través de las gestiones realizadas por los/as asesores/as confidentiales, cuya eficacia va a depender de los conocimientos técnicos que tengan sobre la materia y, sobre todo, de su empatía, capacidades en materia de relaciones humanas, así como de su imaginación en el abordaje del conflicto.

C.3º.—*Prevención Terciaria.* El artículo 13 regula este tipo de prevención, que se proyecta “ex post”, esto es, una vez constatada la existencia de acoso o violencia la-

boral en sentencia penal o, en su caso sanción administrativa de conformidad con la LOPJ, sin necesidad de que haya adquirido firmeza. Se trata de medidas conducentes a favorecer la recuperación del proyecto profesional del juez/a perjudicado/a por las conductas, y entre tales medidas de protección terciaria, se incluyen:

- Examinar con celeridad sus solicitudes relacionadas con su situación administrativa, licencias etc.
- Facilitarle acceso a cursos de formación judicial.
- Garantizarle una protección integral de su salud hasta su completo restablecimiento, especialmente en cuanto al aspecto psicológico.
- *Tramitar todas las prestaciones derivadas de su situación de acoso como contingencias profesionales, siempre que el acoso se haya producido “como consecuencia o con ocasión de la relación del servicio”.*

Esta última medida es de gran importancia, pues existen importantes ventajas económicas y de tratamiento que revierten sobre las contingencias profesionales, y no en cambio respecto de las comunes. Este ha sido el gran caballo de batalla de las situaciones de acoso ocupacional, en otros ámbitos como el laboral.

El Protocolo finaliza con las “*Disposiciones Técnicas*”, que prevén la creación de un órgano colegiado y paritario con representantes de la CI y la CNSS denominado Comisión de Seguimiento de este protocolo, que está pendiente de constituirse.

Sus funciones serán:

- Atender y evacuar las consultas solicitadas por el/a asesor/a confidencial.
- Tomar conocimiento de las estadísticas anuales.
- Proponer modificaciones del protocolo, a tenor de las estadísticas o sugerencias de los/as asesores/as.
- Reuniones, una vez al año de forma sistemática, y cuantas veces más sea convocada por la presidencia de la CI o CNSS.

Acaba el protocolo con la previsión de desarrollo del mismo y un compromiso del CGPJ de llevar a cabo una actuación proactiva para que los distintos cuerpos de funcionarios y/o profesionales implicados en el funcionamiento de la Administración de Justicia, aprueben también protocolos de actuación frente a todo tipo de acoso.

La entrada en vigor y efectividad del Protocolo se producirá a los tres meses de su publicación en el BOE, después de su aprobación por el CGPJ.

Tenemos todavía un largo recorrido por hacer en materia de prevención de riesgos judiciales, y serán los riesgos psicosociales los de mayor impacto en el ejercicio habitual de nuestras funciones jurisdiccionales, pero el camino ya se ha iniciado.

ESTUDIOS

ESTADO SOCIAL Y ESTADO ECONÓMICO

Miguel Angel GARCÍA HERRERA

1. Promulgada la Constitución, se procedió a su desarrollo e interpretación. Como sucede en todo producto humano, y más aún si es el resultado de procesos complejos de negociación y de acuerdos políticos fruto de la búsqueda y consecución de un consenso integrador, tempranamente se advirtieron las lagunas, las contradicciones, la ausencia de claridad, las inconcreciones. Para solventarlas se realizaron los esfuerzos habituales que los juristas efectúan para poner orden y coherencia en los textos surgidos en el curso de procedimientos cargados de intensidad histórica y en los que la consecución de pactos predominó sobre el rigor técnico. Nada nuevo y nada que objetar porque es habitual en las grandes normas de carácter política que hay que conducir a las categorías jurídicas. Disponible la ristra de preceptos constitucionales, se procedió por parte de la doctrina y, sobre todo, del Tribunal Constitucional, en su carácter de intérprete supremo, a hilvanar un sentido jurídico que permitiera encontrar respuesta a los problemas que había que enfocar y encauzar desde el prisma prioritario de la regla constitucional. Se abrió ese período excitante de la puesta en práctica de las reglas de la interpretación jurídica enriquecidas por las particularidades que aportaba la singularidad de la interpretación constitucional.

Resultado de dicho ejercicio hermenéutico fue una labor de reconstrucción que amplió los horizontes del tenor literal en pos de una comprensión de sentido que facilitara la tarea de reconstrucción de una convivencia sometida a unas premisas consensuadas. Y con ello se protagonizaba esa tensión específica del mundo del derecho entre la rigidez de la norma, particularmente agudizada en el ámbito constitucional, y su adaptación a los matices del caso y a la evolución sociopolítica.

Como es sabido, mientras la interpretación concilia ambos extremos y traduce la tensión en fórmulas asumibles, mientras el texto primitivo proporciona una fuente de inspiración que valida las respuestas ofrecidas por los operadores jurídicos, la Constitución es asumida como regla vinculante y se acepta el modelo y los principios que encarna.

Esta transacción es compatible con el descubrimiento creciente de disfuncionalidades, de, incluso, errores flagrantes del constituyente, de incoherencias irresolubles. Pero su desacierto no desvirtúa su unidad de sentido y su idoneidad para regir el proceso de reproducción social y la dinámica política en la que está embarcada la sociedad

de referencia, transformación que, como sucedió en nuestro caso, experimentó una notable aceleración en el último tercio del vigésimo siglo.

Resulta comprensible que la doctrina, en cumplimiento de su cometido, iniciara la tarea de desvelar las insuficiencias que, ya de partida o en el curso de su aplicación, aquejaban al texto constitucional. En este sentido son paradigmáticas las contradicciones en el sistema económico constitucionalizado, las deficiencias en la regulación del modelo de distribución de poderes, las carencias del Senado en el marco del Estado autonómico como cámara de representación territorial o las oscilaciones respecto al Consejo del Poder Judicial. Pero las carencias detectadas bien porque se solventaron, o bien porque no afectaron de forma relevante al funcionamiento del sistema, solo generaron unas críticas que eran desarmadas porque los defectos no percutían significativamente en el fundamento y sentido de la Constitución ya que se solventaba con éxito el desafío de superar sus limitaciones.

Pero después de varias décadas de vigencia la dura realidad emerge y las contradicciones afloran a la superficie con toda su crudeza. Ya la jurisprudencia no es capaz de proporcionar la respuesta convincente y conciliadora y las denuncias teóricas y políticas no pueden ser desatendidas con suficiencia. El texto constitucional y su manipulación creadora han agotado su ciclo histórico y ya son insuficientes las soluciones que contiene en su seno. Ha llegado la hora del cambio constitucional.

No son irrelevantes las circunstancias que han conducido a este desenlace. Sin intención de confeccionar un inventario exhaustivo, baste con recordar la transformación social y económica inducida en parte por la integración comunitaria y el ejercicio del poder autonómico en Cataluña y País Vasco. De estos fenómenos ha derivado por una parte, la modificación de la estructura social y de la distribución de riqueza que sumado a la crisis económica iniciada en la década pasada desembocó en la crítica sin concesiones del sistema político representativo; por otra parte, en el ámbito institucional con el derecho a decidir, el referéndum apócrifo y las elecciones plebiscitarias se ha puesto en cuestión la integridad del Estado garantizada por la Constitución y los Tratados comunitarios.

Como es sabido las posturas políticas frente a estas urgencias abarcan un abanico de posiciones: quienes estiman la reforma innecesaria, quienes no la propugnan activamente pero estudiarían propuestas, quienes consideran que basta con meros retoques o maquillajes de perfeccionamiento, quienes ven insoslayable un cambio significativo en la concepción territorial del Estado, quienes sostienen la necesidad de un todavía impreciso proceso constituyente. Por tanto sintéticamente se visualiza una polarización entre los defensores de la reforma, con su distinto alcance, y la apertura constituyente, lo que comporta una contrapuesta valoración sobre la etapa constitucional vivida en España en las últimas décadas. Mientras los primeros aprecian la estabilidad política, el avance económico y la experiencia democrática, los segundos reprochan las limitaciones de origen que lastraron al Estado posfranquista e imputan a estos condicionamientos insuperables la actual situación política y económica. Agotada la virtualidad de la interpretación y del acomodo a las cambiantes circunstancias y obligados a confrontarnos con el cambio constitucional, no queda sino plantearse las cuestiones radicales acerca del contenido suficiente de la reforma de la Constitución.

2. Los que defienden la reforma¹ sostienen la validez de las grandes opciones del

1 Sobre la reforma existe ya una abundante literatura jurídica: S. Roura y J. Tajadura (dirs.), *La reforma constitucional: la organización territorial del Estado, la Unión Europea y la igualdad de género*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005; A. López Basaguren y L. Escajedo (eds.) *The Ways of Federalism in Western Countries and the Horizons of Territorial Autonomy in Spain*, 2 vols., Springer Verlag, Berlin, 2013; J.J. Solozábal (ed.), *La Reforma Federal. España y sus siete espejos*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2014; E. Aja, *Estado autonómico y reforma federal*, Alianza Editorial, Madrid 2014;

constituyente. Aquellas decisiones conservan su vigencia y son idóneas para regir las próximas décadas. De ahí que haya que ceñirse solo a algunos aspectos problemáticos que exigen una nueva redacción, pero conservando la trama de principios que vertebran el articulado constitucional. No es que esta posibilidad sea intrascendente puesto que afecta, entre otras, a una parcela sustancial del Estado hasta el punto de que está amenazada su unidad; pero resulta discutible que los problemas constitucionales se circunscriban exclusivamente al inventario de temas puestos en circulación recientemente.

Para centrar la discusión es necesario formularse algunos interrogantes. La respuesta que se dé a los mismos condicionará decisivamente el giro de la reflexión y la identificación de los problemas preferentes que hay que abordar.

Si la Constitución instauro el Estado social, tal y como reza el art. 1.1 CE, qué repercusiones se derivan de la universalmente admitida afirmación de que el Estado social está en crisis. Pero ahondando más en esta pregunta, podemos inquirir sobre la persistencia de esta crisis: cuánto dura una crisis y cuándo puede darse por concluida porque se ha evolucionado hacia una nueva realidad caracterizada por fundarse en principios diversos a los que sustentaron al estado precedente. De la misma forma que ya no nos referimos a la crisis del Estado liberal porque se resolvió históricamente en un largo proceso que desembocó finalmente en la construcción del Estado social, cabe preguntarse hasta qué punto también la crisis del Estado social ha concluido porque ha emergido una nueva ordenación de la comunidad política basada en principios y fines del Estado no conciliables con los consagrados normativamente.

En la lista de contenidos constitucionales reformables se pretende soslayar una comprensión del tiempo histórico. Si la Constitución es regulación adecuada a una concreta comunidad política, si los modelos y propuestas que contiene son respuestas a los problemas candentes de la sociedad de referencia, resulta inevitable preguntarse sobre el destino de una Constitución cuando el objeto de regulación sufre una profunda transformación. O dicho de otra forma, si la Constitución del Estado social se corresponde con una determinada base material caracterizada por el modelo fordista de producción y por estructura de clases que alimenta la vida política y posibilita materializar los objetivos sociales de la Norma fundamental, cómo desconocer los cambios producidos tanto en la economía como en la sociedad, cómo ignorar que la dinámica política se mueve por otros impulsos, cómo sortear que los cambios del último tercio de siglo han arrumbado implacablemente con los esquemas y organizaciones que alentaron la transformación política en la segunda mitad del siglo XX. De ahí el interrogante que se lanzó en otra ocasión sobre la “Constitución” del capitalismo financiarizado. Si el cambio se ha producido, si se desarrolla según ciertas reglas, tendremos que admitir que el proceso se desenvuelve de acuerdo con otros criterios normativos que será preciso desvelar.

A pesar de que reiteremos doctrinalmente la naturaleza normativa de la Constitución, a pesar de recordemos con insistencia la rigidez constitucional como garantía de preservación de su integridad, quizás ha llegado el momento de aplicar la distinción entre la inactuación, entendida como la falta de cumplimiento de la Constitución porque no se han materializado sus contenidos ni realizado sus virtualidades, y la inactualidad,

J. García Roca, *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate*, Cizur: Aranzadi, 2014; J. Corcuera Atienza, “Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional”, en J. Asensi y otros (coords.), *Constitucionalismo crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 745-768; J. Tornos, *De Escocia a Cataluña. Referéndum y reforma constitucional*, Iustel, Madrid, 2015; J. Pérez Royo, *La reforma constitucional inviable*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2015; J. Martínez Calvo, *los límites de la nación y la reforma constitucional en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

entendida como expresión de agotamiento porque los principios que la dotan de identidad ya no son capaces de ordenar la evolución social y política².

De estas consideraciones se deduce que la posición mayoritaria que opta por un cambio constitucional limitado, sostiene un discurso endógeno y autorreferencial que confía en resolver los problemas de la Constitución desde ella misma. Ello requiere que la reforma se concentre en una selección de problemas que ignoren las cuestiones de identidad constitucional. Por encima de todo la Constitución de 1978 es una decisión política normativizada sobre el conflicto social, cuestión más relevante que los temas organizativos, territoriales o dinásticos que, aún siendo importantes, no son comparables con el núcleo de la definición constitucional que versa sobre la forma de Estado.

Llegados a este punto, es necesario abordar el problema de la crisis del Estado social y verificar si todavía puede utilizarse con propiedad dicha expresión o es preciso tomar en consideración otros horizontes teóricos que expliquen con más claridad el Estado contemporáneo.

3. El análisis de la crisis del Estado social requiere disponer al menos de un esbozo general de lo que ha significado históricamente esta nueva forma de Estado que surgió como alternativa y ruptura al Estado liberal que imperó con sus transformaciones y adecuaciones hasta que emergieron las propuestas constitucionales que ordenaban las sociedades surgidas de los cambios acontecidos en el capitalismo y como resultado de la agudización de la lucha de clases. Como es sabido, aunque el primer reflejo normativo se produjo en la Constitución de Weimar y el epígono español de la Constitución española de 1931, ambos experimentos fracasaron por la inmadurez de las condiciones históricas para lograr su estabilidad³.

El Estado social solo es interpretable a la luz de las circunstancias que asolaron la Europa capitalista. Es generalmente admitida la lista de los tres grandes condicionantes que permitieron la adopción de la nueva forma de Estado: el triunfo de la revolución socialista y su expansión ulterior en el este europeo, el fracaso del capitalismo manifestado en la crisis bursátil de 1929 y la sustitución de las formas democráticas representativas por los regímenes nazi y fascista, a resultas de lo cual se desencadenó la segunda guerra mundial y la realización de todos los actos de virulenta crueldad que acompañan a los conflictos bélicos, especialmente el exterminio judío. En estas condiciones ideales y materiales, traumáticas para la conciencia europea, en las que se aborda la tarea de reconstruir las bases de la convivencia y la gestación de nuevos proyectos de agregación de intereses.

Aunque la atención se concentra intensivamente sobre la arquitectura estatal, no es menos relevante el entorno institucional internacional. Era necesario establecer un marco general que contuviera los fundamentos del nuevo orden en el que debían des- involucrarse los Estados que surgieron al término de la conflagración mundial. Para este fin se aprobaron los denominados Acuerdos de Brenton Woods de 1944 en los que se

2 Costa, P., "Dalla 'inattuazione' all 'inattuallità della Costituzione'. Qualche considerazione introduttiva", e G. Brunelli y G. Cazzetta (a cura di), *Dalla Costituzione 'inattuata' alla Costituzione 'inattuale'?*, Giuffrè, Milán, 2013, p. 24.

3 Para un clarividente análisis de las dificultades de la Constitución de Weimar, véase C. Mortati, "Introduzione alla Costituzione di Weimar", reflexión aparecida en 1946 y publicada posteriormente en *Problemi di Politica Costituzionale. Raccolta di Scritti- IV*, Giuffrè, Milán, 1972, p. 295-351, en la que vislumbra como causa relevante la falta de consenso sobre los contenidos constitucionales. Para que el Estado pueda realizar las funciones que le son propias, es preciso que "sean superadas las antítesis demasiado radicales de intereses, incapaces de cualquier armonización, es decir, que la trama de relaciones sobre las cuales debe tejer su obra, sea proporcionada por un mínimo de cohesión, por medio de la eliminación de aquellos que se presentan neta desarmonía con el principio de agregación asumido." Este lúcido juicio, aunque aplicado a unos conflictos específicos, también puede ser útil para valorar nuestras condiciones de cara a emprender la reforma constitucional.

pusieron las bases del sistema monetario internacional que posibilitarías las relaciones comerciales y el funcionamiento financiero de los Estados. Esto instauró los cambios fijos, la estabilidad cambiaria y el control de la circulación de capitales, y facilitó el control de los Estados de su economía, lo que permitiría la realización de las políticas económicas y sociales de transformación. Cuando los mencionados Acuerdos entraron en crisis, se diluyeron las condiciones para la operatividad de los Estados y con la paulatina pérdida del control financiero se evolucionó inexorablemente hacia la crisis del Estado social.

Pero antes de abordar los estertores del Estado social, es preciso, para disponer elementos de confrontación, que expongamos breve y concisamente los pilares fundamentales de su arquitectura constitucional. Solo podremos afirmar fundadamente si hemos entrado o no en una nueva fase de la evolución del Estado, cuando revisemos los fundamentos y señas de identidad de la organización de la comunidad política y debamos pronunciarnos se ha producido o no una ruptura con las previsiones constitucionales.

Sustancialmente, el Estado social es la forma política que adopta la reproducción social en las condiciones materiales producidas por el desarrollo conflictual del capitalismo industrial. Asentada la propiedad y la empresa monopolista, potenciados los intercambios internacionales, la estabilidad pasa por la integración del trabajo y el asentamiento del Estado pluriclase contrapuesto al monolitismo propio del Estado liberal. Esta integración tendrá la doble vía de la política y de la economía. Por medio de la primera se procede al reconocimiento de la subjetividad política de la clase obrera, negada por el fascismo y el nazismo, reconocida por medio de los derechos de participación, asociación, reunión, asociación, huelga y negociación colectiva. Estos derechos constitucionales serán la base de los partidos políticos de izquierda y sindicatos cuyos esfuerzos confluirán para lograr la transformación social por medio de la lucha democrática, electoral y sindical. No en vano como se reconoció tempranamente hay una dialéctica perpetua entre dos componentes: la propiedad y la organización, como instrumentos primordiales de los dos bloques enfrentados. La incuestionada supervivencia de la propiedad privada dota a sus titulares de recursos de poder políticos y económicos que son contrapesados por la movilización social liderada por las organizaciones políticas y sindicales. De ahí la importancia del reconocimiento prioritario de la subjetividad política: mientras que la propiedad y el capitalismo sobreviven en las dictaduras, los medios de defensa y reacción requieren la tutela jurídica de las libertades políticas. De este modo se combinará la presión política sobre el Estado y la presión sindical en la fábrica, pero, como se advirtió en día, dependiendo de las circunstancias se alterna la intensidad de la presión dando el protagonismo a la presión política cuando se gobierna y a la presión sindical cuando se está en la oposición.

La integración política es el cauce por medio del que se traslada al Estado la canalización jurídica del conflicto social. Para ello se dispone de los múltiples referentes constitucionales de carácter material. Bajo la bandera de la redistribución de la riqueza y la igualdad sustancial se trata de conseguir la utilización de los instrumentos previstos en la Constitución: la política tributaria progresiva, la iniciativa pública económica sin límites apriorísticos, la regulación económica en pos del interés general, la planificación en su caso, los servicios públicos, los derechos sociales de prestación en los pilares del bienestar (sanidad, educación, pensiones), la búsqueda del pleno empleo.

Pero en el Estado social el mercado ocupa el lugar primordial para la consecución de lo que enfáticamente se llama libre desarrollo de la personalidad. Es través de la relación renta empresarial-renta salarial como se consigue la distribución de la riqueza nacional como balance que traduce la instantánea de la correlación de fuerzas. En esta

pugna distributiva vuelve a converger el plano sindical y plano político. En el primer supuesto, la aparición de la denominada sociedad-fábrica posibilita las masivas concentraciones proletarias capaces de crear las formas de integración totalizadoras de sentido y de transformar la organización en ariete económico con el que potenciar la función sindical en la lucha salarial y en la participación en la dirección empresarial. En el segundo plano, los poderes públicos asumen un papel relevante como empresario, como condición de funcionamiento del mercado, con el establecimiento de mínimos jurídicos sustraídos a la negociación y como garantes de la posición de los trabajadores: convenio, empleos, despido.

En la denominada edad de oro se produjo una convergencia positiva de legitimación y acumulación en una dinámica abierta en pos de un horizonte de bienestar social y redistribución sin cuestionar la base económica capitalista. Ello fue posible por la estabilidad proporcionada por los Acuerdos de Brenton Woods y por las condiciones singulares que acompañaron al proceso de reconstrucción europea después de los destrozos perpetrados por la contienda bélica. No en vano cuando el proceso de reparación se fue paulatinamente ultimando la sintonía producción-consumo empezó a boquear y se quebró el círculo virtuoso que animó la dinámica del Estado social.

El fundamento, pues, de la nueva forma de Estado residió en un capitalismo debilitado necesitado de legitimación para mantenerse y en una clase obrera dispuesta a pactar nuevas condiciones de reproducción social. Como expresión de este clima es oportuno recordar ciertos testimonios aportados recientemente por David M. Kotz. En 1947 el *CDS's Research and Policy Committee*⁴, frente a las relaciones gansteriles con los sindicatos de los denominados “*robber barons*” (Rockfeller, Carnegie, Vardebilt, J.P. Morgan, Jay Gould), publicó una declaración *Collective Bargaining: How to Make it More Effective*. En ella se aceptaba la negociación colectiva con los sindicatos, se reflexionaba sobre las formas de evitar perjuicios a las empresas, se advertía de que la lucha industrial ponía en peligro la economía estadounidense y se amenazaba la paz internacional y la prosperidad, debido al liderazgo mundial de los Estados Unidos. El Comité creía en un “*true collective bargaining*” y prevenía contra el estado anterior de “*civil war*” entre los trabajadores y empresarios. Apelaban a una “*mutual trust and understanding*”, al uso de los procedimientos de reclamación e invitaban a ambas partes a implicarse en la negociación colectiva⁵. Salvando las distancias, no es diferente de la valoración que se hacía en aquella época de la relación entre el Estado y la economía cuando después de los estragos de la Gran Depresión se admitían los resultados positivos de la planificación estatal. Así, en Inglaterra hasta los conservadores como MacMillan, ilustre antecesor de Cameron, “se convirtieron en defensores de la planificación.”⁶ Es decir, que lo que hace años se consideraba razonable y facilitaba la construcción de un orden político y social, en la actualidad es considerado herético.

4. Pero esta construcción que en sus ideas inspiradoras básicas fue, con sus peculiaridades históricas inevitables, acogida en la Constitución de 1978, ya forma parte del inventario del pasado. Las transformaciones acaecidas en el último tercio del siglo arrumbaron con el Estado social Ni su fundamento, ni sus sujetos políticos y sociales protagonistas, ni las alianzas que los sostuvieron, ni sus contenidos, ni sus fuentes del derecho, ni sus procesos de participación política lograron sobrevivir al acelerado

4 El Committee for Economic Development estaba formado por grandes empresas estadounidenses como Coca-Cola, Eastman Kodak, Ford Motor, General Electric, Goldman, Sachs & Co, J.P. Morgan, Lehman Brothers, Northern Pacific Railway Company, Procter&Gamble, Shell Union Oil Co, Union Pacific Railroad, United Air Lines, entre otras.

5 David M. Kotz, *The Rise and Fall of Neoliberal Capitalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2015, p. 56.

6 E. Hobsbawm, *Historia del siglo XX. 1914-1991*, Crítica, Barcelona, 1995, p. 103.

cambio que imprimió el nuevo capitalismo ante el agotamiento del modelo industrial de organización.

Esta afirmación puede resultar chocante para nuestro país porque nuestra tardía incorporación a la experiencia europea de los Estados sociales podría dar la impresión de que nuestra Constitución habría resistido con éxito los embates propinados por el nuevo orden económico. Es indudable que las condiciones históricas de la implantación del régimen constitucional favorecieron, sobre todo gracias a la integración europea, una mejora económica que permitió la financiación de un conjunto mejorado aunque todavía modesto, en comparación con el propio de los Estados europeo, de prestaciones sociales que crearon una apariencia de vigencia del Estado social. Pero esta misma integración en la Unión Europea permitió que los Gobiernos españoles contribuyeran ya en los años 80 a la aprobación de normas (Tratados de Ámsterdam, Maastricht) que herían de muerte al mismo Estado social. Si ya la aparición del Estado social en la Constitución de 1978 se dio cuando la crisis de Brenton Woods había liquidado la estabilidad del sistema de cambios y dificultado la política económica de los Estados, con la normativa europea se produjo la traducción jurídica de la nueva tendencia en derecho vinculante que afectaba a la relación Estado-economía.

Es opinión admitida que la crisis del Estado social se inicia ya en la década de los años 60 cuando el sistema económico da síntomas de agotamiento por su incapacidad de mantener los rendimientos del capitalismo. Desde que se consolida esta convicción, se iniciará un giro en el que el capitalismo y su representación política intentará desembarazarse de los compromisos adquiridos y intentará, con virajes estratégicos y medidas agresivas, alterar las posiciones de los sujetos que protagonizaron la dinámica del Estado social.

La reconstrucción del tránsito del Estado social a una nueva forma de Estado sobrepasa las limitadas posibilidades de esta colaboración. Para esta evolución mencionamos sucintamente dos aspectos: transformaciones económicas y transformaciones políticas.

En el primer aspecto es innegable que el punto unánimemente admitido consiste en el agotamiento del denominado capitalismo embrudado cuando las políticas practicadas dejaron de producir los resultados que avalaron una relación entre el Estado y la economía de mercado y que se tradujeron en un incremento de la riqueza susceptible de lograr, por medio de la redistribución, una mejora del nivel de vida colectivo.

El hecho fundamental consistió en la imposibilidad de mantener la tasa de acumulación del capital. A este fenómeno producido ya a finales de la década de los años 60 se le suman el desajuste de las piezas del sistema económico: la aparición de una inédita estancación que aúna paro e inflación que confirma la ineficacia de las medidas que antaño fueron válidas. A resultados del deterioro económico se acentúa una crisis fiscal que es alimentada simultáneamente por la pérdida de ingresos tributarios y el incremento de los gastos sociales. Pero si en el ámbito interno se desencuadraban las piezas de la exitosa maquinaria keynesiana, el ámbito extraestatal también era sacudido por acontecimientos de efectos irreversibles, como la implosión de los acuerdos de Brenton Woods y del sistema de cambios fijos, así como la abundancia de petrodólares que quebraba el control de capitales y creaba las bases para la liquidación de las fronteras monetarias. La fluctuación de las divisas produjo unas condiciones que aniquilaron la autonomía de la política económica nacional y forjó las bases para el paulatino sometimiento de los Estados a las exigencias de los mercados financieros. Quedaba todavía un largo trayecto que recorrer, pero se avanzaba sin descanso hacia la demolición del Estado social, aunque todavía no hubiera claridad sobre el rumbo a seguir.

A estos cambios económicos se sumaron otros aspectos que convulsionaron el orden instaurado en las décadas posteriores a la Segunda Guerra mundial. Sintéticamente hay que referirse a la mutación del proceso productivo y al cambio tecnológico que inicia una revolución productiva que, aunque menos incisiva que las anteriores, sin embargo, desarticula las concentraciones asalariadas fabriles. El agotamiento de las condiciones derivadas de la destrucción bélica desembocó en unos mercados colmados de unos bienes producidos masivamente para los que no había demanda. Frente al consumo de masas se precisa una producción más individualizada y cambiante que requiere otra forma de producción. Por otra parte, este ejercicio de singularización promueve la fragmentación del mundo laboral y la disgregación de las agrupaciones obreras que soportaban la pujanza de las organizaciones sindicales con las que se habían impulsado las reivindicaciones salariales y de participación en la fábrica. No sorprende que la clase empresarial recibiera con alivio esta confluencia de circunstancias: frente a la caída de beneficios, una nueva forma de producir que atenuaba la presión salarial y permitía restablecer en provecho propio la capacidad empresarial de dirección.

Junto a ello se producía la irrupción de las nuevas tecnologías que no solo propiciaban la reorganización de la producción, la creciente sustitución de mano de obra, sino también la intensificación de los procesos de deslocalización facilitados por la comunicación entre la empresa matriz y sus centros periféricos y el incremento del comercio mundial globalizado.

Este conjunto de factores propician el debilitamiento de la fuerza de trabajo que era uno de los pilares que sustentaba la Constitución del Estado social. El Trabajo será acosado simultáneamente por la flexibilidad exigida por la nueva producción, por el desempleo estimulado por la deslocalización, por la pérdida salarial favorecida por los imperativos de la competitividad y por su debilidad contractual, por la fragmentación impulsada por la especialización. Esta degeneración se acentuará cuando posteriormente irrumpa la precarización y el salario ya no siempre sea suficiente para abandonar la pobreza.

El resultado será, como ha explicado Gonzalo Maestro, la expulsión del Trabajo del sistema político por su incapacidad de incidir en el conflicto social, el fin del mercado como espacio redistributivo y la remercantilización parcial de la protección social⁷.

Sin embargo, este cambio no hubiera sido posible sin un proyecto político que lo apuntalara. Aunque titubeante e inseguro en sus inicios, y variado y ajustado a las circunstancias de cada país, fue, no obstante, capaz de trazar un rumbo, de crear las condiciones que favorecieron los cambios reseñados, forjar un proyecto de clase, conquistar la hegemonía, asentar un “sentido común” con el que desarbolar las resistencias del trabajo, e imponer una ordenación de intereses que beneficiaba al capitalismo y, singularmente al sector financiero.

La imposición del proyecto se realizó a veces de forma brutal (Chile), y a veces con procedimientos democráticos. Fue un proyecto construido con la paciencia de Penélope, basado en el trabajo tenaz y concienzudo de intelectuales bien financiados, de universidades y asociaciones que fueron capaces de asolar el consenso sobre el Estado social, acusado de ineficiente en la economía y de invasivo de la autonomía individual. Frente a él se levanto el valor libertad, la capacidad de decisión, la responsabilidad que debía realizarse en el escenario del mercado como ámbito de opciones racionales sustancialmente eficaces y generadoras del bienestar de cada cual. Este nuevo “sentido

⁷ G. Maestro, “Del Estado social a la forma global de mercado”, en M.A. García Herrera, J. Asensi y F. Balaguer (coords.), *Constitucionalismo crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 80 ss.

común” se tradujo en resultados electorales que encumbraron al dúo Thatcher-Reagan. Y desde el apoyo a la maniobra de Volcker a la lucha despiadada contra los sindicatos mineros ingleses, la década de los años 80 fue la aplicación de un directorio de recortes presupuestarios, de beneficios fiscales para los ricos, de desregulación del sector financiero, de modificación del modelo laboral. Como señala con acierto Harvey, las ansias de libertad de la década de los 60 contra un Estado intrusivo fueron reconvertidas por los economistas en ideas contra la intervención pública en la economía, contra la que se levantó el ideal de libertad de consumo y vida: “la neoliberalización requería tanto política como económicamente la construcción de una cultura populista neoliberal basada en un mercado de consumismo diferenciado y en el libertarismo individual (...) Este fue el desafío que las corporaciones y las élites de clase se dispusieron a gestionar de manera velada en la década de los años 80.”⁸

El tránsito iniciado desembocó en el “nuevo mundo” basado en el trípode de la globalización, neoliberalismo y capitalismo financiarizado, y dispuesto a rentabilizar la hegemonía conquistada. Los resultados son nuestra realidad. Un nuevo contexto al que la reflexión constitucional no debería ser ajena.

5. Las anteriores consideraciones han pretendido exponer sumariamente las transformaciones sustanciales acaecidas y la profunda erosión de la base material que soportó la construcción de la forma de Estado social. Esta constatación permite volver a los interrogantes que antes formulábamos acerca de la permanencia o superación de la crisis del Estado social. Planteado de otra forma, cabe preguntarse si las mutaciones producidas inciden en la base constitucional del Estado o si, por el contrario, no hay novedad que constatar porque la pervivencia del texto constitucional hace innecesario inquirir sobre estas cuestiones.

Desde luego en otras disciplinas sociales se ha procedido a una actualización teórica que ha proporcionado un enmarque doctrina que interpreta la dinámica en la que estamos inmersos. En aras de la concisión nos referimos, como ejemplo paradigmático, a la reflexión realizada por Bob Jessop. La importancia de su aportación reside en que intenta proporcionar una visión global del Estado al subrayar los contenidos que permite reconocer un cambio sustancial que desborda la forma política que imperó en la Europa democrática en el período posterior al enfrentamiento bélico. Por ello en el importante trabajo que alumbró en 1993, ya reconoció la terminación del Estado de Bienestar y la irrupción del denominado Estado de trabajo schumpeteriano⁹.

La comprensión de esta dualidad entre los dos Estados es un ejercicio de precisión de los conceptos utilizados para conocer el sentido de la nueva interpretación de la forma política. Por una parte, analiza la forma institucional del régimen de acumulación basado en la producción y consumo masivos que sintetiza en la expresión Estado Nacional de Bienestar Keynesiano. En el acrónimo ENBK el componente keynesiano se refiere al pleno empleo, economía cerrada y política de demanda: el bienestar alude a la garantía de las condiciones de reproducción social y negociación colectiva compatible con el pleno empleo; lo nacional se corresponde con la dirección de la política económica y al Estado compete complementar y corregir el mercado.

Por otra parte, los fenómenos de la última década del siglo XX, la interacción entre la crisis económica, financiero-fiscal, política y social indujeron una transformación que reclamaba una nueva comprensión teórica. Con el fin propone lo que denomina

8 D. Harvey, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford University Press, New York, 2015, p. 42.

9 B. Jessop, “Towards a Schumpeterian Workfare State? Preliminary Remarks on Post-Fordist Political Economy”, en *Studies on Political Economy*, 1993, n. 4, p.7.

Régimen Postnacional de Trabajo Schumpeteriano en el que se produce una metamorfosis de las funciones y contenido del Estado. En la fórmula propuesta el componente schumpeteriano propicia la innovación, la flexibilidad y la competitividad para favorecer los negocios privados, así como la economía abierta basada en el conocimiento; la referencia al trabajo paradójicamente expresa la primacía de la política económica sobre la política social, lo que se traduce, a su vez, en la reducción salarial y en la restricción de las prestaciones sociales como ideas guía de la reproducción social de los trabajadores; el carácter postnacional relativiza al Estado porque hay que tener en cuenta simultáneamente la función de los poderes públicos y la superación de la escala nacional; la idea de régimen es asociada con el protagonismo del mercado y la concreción de sus fallos por medio de mecanismos no estatales, por la consolidación de fórmulas de gobernanza y por la utilización de formas de regulación blandas.

En esta onda de valoración global del Estado podemos situar asimismo la aportación de Bobbit¹⁰ que postula la categoría de Estado-mercado frente al Estado—nación. Este ha sufrido ya la erosión de su legitimidad porque es incapaz de garantizar su seguridad, su cultura y su autonomía y resulta inevitable su sustitución. Consustancial al Estado-nación es la libre educación política, las políticas de seguridad y las garantías de bienestar. Frente a ello, el Estado-mercado intenta maximizar las oportunidades, privatiza las actividades del Estado y hace los gobiernos representativos más receptivos al mercado y menos influenciados por los votos de los ciudadanos. Prescinde de la justicia para conformarse con la garantía de un orden que evite la inestabilidad. El objetivo es ya la competitividad y el comercio.

Las anteriores especulaciones proporcionan unos interesantes ejercicios intelectuales de comprensión de las nuevas realidades y aportan conceptos con los que captar la transformación del Estado y su adaptación a las cambiantes condiciones. Las peculiaridades de la reflexión jurídica no consienten una adecuación con tanta inmediatez porque carece de la flexibilidad de las disciplinas sociales. El riesgo es la hipertrofia teórica y la consolidación de una creciente separación entre el dato jurídico y la evolución sociopolítica. Ya sabemos que es admisible un cierto desfase entre norma y realidad y que la regulación normativa suele asemejarse a la lechuza de Minerva. Otra cosa distinta es que el desajuste se acreciente porque la teoría jurídica se enquisté, aísle de la realidad y reproduzca reiteradamente las mismas afirmaciones con indiferencia hacia su correspondencia con la objetividad de los procesos sociales. Al fin y al cabo, no se puede vivir de espaldas a la eficacia del derecho como un componente esencial de la estructura normativa.

Con este fin de recuperar la conexión entre la Constitución y los procesos que regula, nos parece interesante someter brevemente a revisión el modelo de reflexión prioritario imperante en el ámbito constitucional por medio de la distinción entre la reflexión micro y macroconstitucional, porque incide en el impacto que produce en la Constitución los cambios antes señalados. En caso contrario ello significaría que la Norma Fundamental fuera indiferente e incólume a la alteración de la base material sobre la que reposa y a la que pretende ordenar.

Con el micro constitucionalismo aludimos a la aplicación puntual de la Constitución y a su utilización jurisprudencial para la resolución de los diversos conflictos. Esta práctica judicial parece confirmar la vigencia de las normas constitucionales ya que es corroborado por las sentencias del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. En este ejercicio de puntillismo jurídico el referente jurídico opera y corrobora la vigencia de la

10 Ph. Bobbit, *The Shields of Achilles: War, Peace and the Course of History*, Alfred A. Knopf, New York, 2002.

Constitución. La limitación de este enfoque consiste en que la Constitución se reconduce a su práctica jurisprudencial, a la resolución de las controversias entre los diversos sujetos jurídicos, con el riesgo de identificar Constitución y jurisprudencia precisamente porque en la práctica forense es donde se visualiza la interpretación y aplicación.

El nivel macro constitucional es el ámbito en el que la Constitución debe realizar su función ordenadora de la sociedad y del Estado porque aporta una unidad de sentido que guía la dinámica de la comunidad. La Constitución contiene unos principios que dotan de identidad y coherencia la acción de los sujetos sociales y políticos porque establece un modelo normativo que deberá realizarse en el ser social. Pues bien, en esta pretensión de imponer un orden racional, particularmente intenso en el Estado social debido a su ambición de construcción de la propia realidad, es donde se constata el desajuste entre el deber ser constitucional y el decurso político y económico. Si bien en la práctica jurídica constatamos el carácter normativo de la Constitución, en el nivel más general al que nos referimos, advertimos la dificultad y a veces la incapacidad de los valores constitucionales para interpretar el tiempo presente, la resistencia de la realidad a estructurarse según los principios y fines constitucionales, como se confirma, por ejemplo, en la primacía actual de la libertad, como libertad económica, sobre la igualdad, trasunto de la imposición del mercado sobre la democracia. Dicho con otras palabras, las sentencias en sus distintos niveles proporcionan la parcial confirmación de la normatividad constitucional ya que los preceptos de la Constitución proporcionan el sustento de la motivación jurisprudencial. Pero las limitaciones de este nivel de aplicación no permite verificar el sacrificio de la función más relevante de la Constitución: su capacidad de dirigir la reproducción social y de ordenar los intereses con el fin de conseguir la convivencia en el seno de la comunidad política y canalizar el conflicto por medio de la actuación de las posiciones jurídicas reconocidas. No se puede negar el divorcio entre Constitución y realidad y constatar que el proyecto que aquella encarna no se corresponde con las tendencias en curso, que la evolución social encara unos rumbos que no se corresponden con las opciones del constituyente. Es esa constatación de que la unidad de sentido de la Constitución y de su racionalidad no rige ya los procesos sociales en los que estamos incurso. Consumada la crisis del Estado social, alteradas las condiciones que permitieron la elaboración de la Constitución, transformado el entorno de la reproducción social, la dinámica política y económica se desenvuelve según derroteros que no se compadecen de los dictados constitucionales. Es simplemente el contraste entre la difundida afirmación de que los mercados determinan la política y la pretensión constitucional de gobernar políticamente la economía: en esta tensión irresoluble se sintetiza el destino de la Constitución, a pesar de su rigidez, de su normatividad y de su supervivencia formal.

Recientemente Barbera ha puesto de relieve esta tensión entre el “ser social” y el “deber ser” jurídico por medio del concepto de ordenamiento constitucional integrado por el texto constitucional, el contexto normativo u otros textos normativos conectados con aquel y el “orden constitucional” o la base material modelada por los fines políticos, sociales y culturales hegemónicos reconocibles en el texto a los que se atribuye el papel de “energía ordenadora”. Los principios fundamentales expresan la identidad y contienen la información fundamental del ordenamiento constitucional y establecen los límites en los que caben los cambios constitucionales, Por eso operan simultáneamente como límites y controlímites y su alteración origina el cambio no constituido sino constituyente¹¹.

11 A. Barbera, “Costituzione della Repubblica Italiana”, en *Enciclopedia del Diritto, Annali VIII*, Giuffrè, Milán, 2015, p. 266 ss.

6. Interiorizada la profunda modificación de las condiciones materiales del Estado social, asumida la inevitable repercusión sobre la estructura constitucional y rechazado el refugio de la burbuja jurídica, es preciso avanzar a través del análisis de dos cuestiones: por una parte, la evidencia de la superación del Estado social, a pesar de la pervivencia del texto constitucional, y por otra parte, la construcción de una nueva forma de Estado. Estos dos temas están entrelazados entre sí porque constituyen el haz y el envés del mismo problema: la organización vigente de la comunidad política.

En relación con el primer aspecto concentramos la atención en la desigualdad como confirmación de una realidad radicalmente alejada de los postulados del Estado social.

La hiriente desigualdad económica confirmada por la catarata de estadísticas que reiteran la concentración de la riqueza en términos casi inverosímiles por su magnitud y el deterioro de las condiciones de vida de franjas relevantes de la población, proporcionan una incontestable confirmación de la desaparición del Estado social. Si este se caracterizaba por su pretensión de canalizar institucionalmente el conflicto social para conseguir una redistribución de la riqueza, los datos refutan la realización de dicho objetivo. El propósito de conciliar propiedad privada y bienestar colectivo ha cedido ante el atesoramiento privado y la denominada acumulación por expropiación. Incluso en la crisis económica todavía no superada el fenómeno se ha acentuado: la concentración de la riqueza en el 1% de los más ricos, la recuperación de los ingresos de los beneficiados frente al deterioro de los salarios, la consolidación de la riqueza basada en la herencia y no en el mérito, el desequilibrio entre altos y bajos salarios¹². La dimensión de la desigualdad se confronta radicalmente con la seña de identidad del Estado social expresada en la igualdad sustancial del art. 9.2 CE.

Las referencias a esta desigualdad son ya habituales en los medios de comunicación que hacen de altavoces de los estudios empíricos que confirman la todavía imparable tendencia de concentración de la riqueza. Hasta el punto de que empieza a alarmar a los sectores más conscientes de una élite económica temerosa de los riesgos de inestabilidad inducidos por la desigualdad y de los efectos negativos para el crecimiento económico. Como es sabido, sin una demanda suficiente basada en los salarios, no hay capacidad de absorber la producción y generar una dinámica económica. Otra cosa distinta es que las alarmas de los más prudentes sean desatendidas por quienes alienan una “sed ilimitada de plusvalía”.^{13 14} Una desigualdad a la que se refiere Stiglitz como un socialismo para ricos, como una consecuencia de un sistema fiscal para el 1%, y como el efecto de una sensible contribución de la política por medio de la austeridad¹⁵.

La segunda perspectiva alude a la transformación del fundamento del Estado. Se trata de justificar la aparición de una nueva forma de Estado como expresión institucional de la hegemonía del capitalismo financiarizado. Esta tesis supone la ruptura que se da en un contexto de vigencia formal de la Constitución y de su pérdida de la capacidad de imprimir unidad de sentido a la dinámica social y política. Estamos, pues, en la necesidad de superar la crisis para adaptarnos a la nueva normalidad. Como afirma acertadamen-

12 T. Piketty, *Le capital au XXI siècle*, Seuil, Paris, 2013, p. 599 ss.; J. Stiglitz, *El precio de la desigualdad*, Taurus, Madrid, 2012, p. 54 ss.

13 F. Chesnais, “Crisis de acumulación mundial, crisis de civilización”, <http://www.herramienta.com.ar/herramienta-web-5/crisis-de-sobreacumulacion-mundial-crisis-de-civilizacion>, p. 4.

14 Comenta J. Stiglitz, *La gran brecha. Qué hacer con las sociedades desiguales*, Taurus, Madrid, 2015, p. 11 ss., el ambiente de una cena a la que asistió de personas preocupadas por la fractura social: un asistente multimillonario que había heredado su fortuna criticaba a la gente vaga que quería aprovecharse de los demás; la inevitable deriva de la conversación hacia los paraísos fiscales y la evocación de María Antonieta y la guillotina. “Recordad la guillotina” se convirtió en el lema de la noche y la aceptación implícita de que la desigualdad era evitable.

15 J. Stiglitz, *o.c.u.*, p. 219 ss.

te Baldassarre¹⁶, “lo que aparece como “déficit” o como “crisis” frecuentemente es una nueva realidad que se pretende referir a parámetros constituidos por ideas o categorías del pasado.”

La propuesta del Estado económico provoca un innegable malestar jurídico y metodológico: ¿cómo defender la aparición de una nueva forma de estado sin cambio constitucional sin incurrir en una proposición politológica y en la aceptación de una constatación fáctica? ¿cómo compatibilizar la normatividad de la Constitución vigente con la admisión de su superación? La Constitución contiene un elenco de derechos fundamentales merecedores de su defensa. La situación contradictoria consiste en la difícil conciliación de la defensa de los contenidos constitucionales, lo que supondría admitir su eficacia y vigor y reconocer que es expresión del ejercicio de autodeterminación colectiva, y el reconocimiento de que hay un desfase entre realidad y Constitución ya que los cambios producidos han conducido a que la reproducción social se desenvuelva según parámetros que no se ajustan a nuestra Ley Fundamental. Esta situación no es novedosa y se ha producido siempre que las Constituciones longevas perduraban en un contexto de constante transformación. A la larga se producía un divorcio que solo se superaba con la promulgación de un nuevo texto que, al asumir las nuevas condiciones sociales, políticas y económicas, habilitaba a la Constitución para normar los procesos de cambio. A esta situación compleja que desborda la relación unívoca entre texto y realidad, especialmente en los supuestos de Constituciones rígidas, se refiere Casse-
se¹⁷ cuando en la experiencia italiana distingue cuatro constituciones, a pesar de que solo existieron formalmente el Estatuto Albertino de 1848 y la Constitución republicana de 1948. En el ordenamiento italiano habrían convivido diferentes experiencias constitucionales en las que se entrelazaban textos escritos y desarrollo materiales.¹⁸

Se trata de la reedición entre validez y eficacia porque la pervivencia sustancial del texto constitucional y la ausencia de revisión de las decisiones políticas constituyente genera el contraste entre la pretensión normativa de la Constitución y la evolución socioeconómica que desborda las coordinadas constitucionales. Por tanto, la nueva situación obliga a replantear la comprensión dogmática de la Constitución, contenidos jurídicos, sujetos, posiciones subjetivas, órganos. Esta hodierna comprensión requiere comprender el Estado en su inserción transnacional sin la que la actual organización política y orden económico resultan incomprensibles. Ya no cabe diferenciar sustancialmente reconocer la existencia de dos ámbitos independientes ya que la interpenetración ha incidido decisivamente en el significado jurídico de las instituciones y derechos. Prescindir de esta dimensión significaría la primacía de la apariencia jurídica formal y la renuncia a comprender las nuevas funciones en la nueva composición de los ordenamientos. Dicho de otra forma, si para que la transformación social aproveche su potencial requiere de unas instituciones que proporcionen las bases que faciliten su expansión, estos pilares no han procedido de la reforma constitucional interna sino de la aplicación de la normativa comunitaria que ha transformado las bases del modelo constitucional sin necesidad de alterar el contenidos de las normas singulares, excepto la reforma del art. 135 que es un adecuado epítome del proceso producido. Se trata, pues, de sacar consecuencias de las abundantes referencias doctrinales a las mutaciones constitucionales, procesos constituyentes, pérdida de identidad constitucional,

16 A. Baldassarre, “Lo stato sociale una formula in evoluzione”, en A. Baldassarre y otros, *Critica dello Stato sociale*, Laterza, Roma-Bari, 1982, p. 86.

17 S. Cassese, *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, Bologna, 1983, p. 55 ss.

18 G.C. Spattini, “Ascesa e declino (eventuale) della nozione di “Costituzione economica” (nell’ordinamento italiano e in quello comunitario)”, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2005, p. 1620.

etc., para no conformarse con la mera denuncia y extraer las consecuencias teóricas de tan severas afirmaciones.

La peculiaridad de nuestra situación ha consistido, por tanto, en que el cambio normativo proviene del ordenamiento comunitario en el que estamos integrados y en el que el ideario neoliberal ha encontrado unas condiciones idóneas para su implantación debido a su lejana inspiración ordoliberal, actualizada, no obstante, a las exigencias de la globalización y del capitalismo financiarizado. La contradicción entre una Constitución del Estado social y las necesidades del sistema financiero y el mercado competitivo de impronta neoliberal no requería resolverse a través de la reforma constitucional. La primacía del derecho comunitario se superponía sobre el modelo constitucional y hacía innecesario el cambio constitucional una vez comprobado que la rigidez constitucional no oponía ninguna resistencia y su eficacia cedía ante la capacidad de dirección de los Tratados comunitarios y la consagración del nuevo “sentido común” por medio de la jurisprudencia comunitaria. La unidad de sentido, la racionalidad social y política, la capacidad de autodeterminación colectiva, ya no están residenciadas en la Constitución sino en el nivel normativo de la “Constitución” comunitaria, como expresión jurídica de las exigencias de los procesos de transformación experimentados.

Se trata de poner de relieve las señas de identidad del que hemos denominado Estado económico como forma de Estado que sucede al Estado social, para lo que es preciso referirse inicialmente a su fundamento material. Como antes hemos indicado, el Estado social está basado sustancial y sintéticamente en un compromiso político que compatibilizada la propiedad privada con la intervención pública económica y las prestaciones sociales, es decir, el denominado pacto capital-trabajo. Con el Estado económico el Estado basado en el trabajo es sustituido por el Estado basado en el mercado convertido en el criterio que guía la acción económica y vertebra la sociedad. El motivo de esta transformación consiste en la voluntad de la derecha económica de instaurar un orden institucional acorde con sus intereses y en la convicción de la izquierda socialdemócrata de que la primacía de la iniciativa privada generaría recursos suficientes para el mantenimiento de las prestaciones sociales, aunque ello comportara abrazar la causa del mercado y de la competencia. Nos parece evidente que la disolución de la base social repercute inevitablemente en la eficacia de la Constitución. Hay que admitir que el paulatino alejamiento del modelo constitucional ya no podrá contar con la resistencia de la clase obrera organizada política y sindicalmente.

El cambio del soporte sociopolítico tiene su correspondencia en la revisión de los fines del Estado en los que, de nuevo, se reitera la contradicción entre los enunciados constitucionales y los objetivos del Estado. A pesar de la redacción original, los cambios o son impuestos normativamente desde el exterior o son canalizados por la producción legislativa por medio de lo podríamos llamar la colonización neoliberal del ordenamiento jurídico, tarea emprendida que tiene un reflejo fidedigno en las exposiciones de motivos de las leyes que exhiben sin pudor el nuevo ideario alejado en tantos contenidos de los valores y principios constitucionales. Obviamente esta penetración es selectiva porque se produce preferentemente en determinados ámbitos: redistribución y conflicto, mercado laboral, relaciones público-privado, que conviven, por otra parte, con otros contenidos constitucionales que no son un impedimento a la imposición de los postulados neoliberales.

Un ejemplo relevante de esta alteración se encuentra en la relación Estado-economía ahora ordenada según el modelo de la economía social de mercado altamente competitiva, complementada con las referencias al crecimiento económico equilibrado y la estabilidad de los precios con la consecuencia inevitable de que el pleno empleo y el

progreso social son la consecuencia y no el objetivo primordial de la actividad económica. En el ciclo de hegemonía neoliberal, el postulado de la economía social de mercado se convierte en el contenido constituyente por antonomasia y el objetivo consiguiente consiste en la estabilidad de los precios en una economía abierta y competitiva. Como desarrollo se complementa con la prohibición de la restricción de la circulación de capitales, el trato de los Estados a las empresas públicas, el control del déficit, la autonomía del Banco Central Europeo, la financiación pública en el mercado financiero, la prohibición de adquisición directa de instrumentos de deuda pública por el Banco Central y los Bancos Centrales estatales. La Unión Europea ha impuesto la ortodoxia neoliberal a los Estados y el resultado es conocido: el abandono del modelo constitucional y el sufrimiento social en su concreción de pobreza, desempleo, desahucios, emigración, etc.

Esta contraposición de arquetipos está reflejada entre dos interpretaciones doctrinales. Mientras que el Estado social disponía de una Constitución económica mixta en la que “el cálculo de los costes y beneficios sociales del funcionamiento de los mecanismos económicos viene incorporado en la valoración de la misma eficiencia del sistema” y lo primordial es la capacidad de orientarse a la satisfacción de los valores sociales fundamentales y la consideración de la economía como un medio para satisfacer las necesidades de la persona humana¹⁹ (p.e. arts. 10, 40, 131 CE), el Estado económico prescinde del vínculo social y adopta el vínculo económico: “la reconducción a la *lógica del cálculo económico tout court* del conjunto de las decisiones de política económica, monetaria y financiera”²⁰.

Negri interpreta esta mutación como la sustitución de la “convención del trabajo” por la “convención financiera” como nueva fuente de legitimidad que se concreta en una nueva relación política capitalista que merma la cualidad soberana del Estado, fomenta la transferencia de las competencias económicas relevantes, admite la pérdida de control de la economía debido a la autonomía del capital, la aceptación de límites a la decisión política democrática, la reordenación de las relaciones público-privado y la incorporación de nuevas formas de gobierno²¹.

Este cambio no comporta la construcción integral del Estado económico porque se produce la síntesis entre novedades y elementos que perduran. Esto ya sucedió con el Estado social que integró elementos originales con mecanismos jurídicos heredados de etapas anteriores. Se produce un desarrollo por superposición y transformación y la creación de una nueva totalidad. Precisamente esta tensión entre continuidad y ruptura a veces oscurece el reconocimiento de las novedades. La permanencia de contenidos anteriores induce a comprender el cambio como mera evolución acumulativa y a no apreciar la originalidad de la nueva forma de Estado. Se comprende así que perdure la reflexión en términos de crisis y de supervivencia matizada del modelo constitucional, que en nuestro caso, significaría la aceptación de la enésima degeneración del supuestamente vigente Estado social constitucionalizado.

Realizamos dos consideraciones finales. Por una parte, justificar la denominación del nuevo Estado. Responde a una simple argumentación: si al Estado social correspondía la primacía del vínculo social, parece razonable mantener esta relación conceptual. Si se admite ahora la prioridad del vínculo económico sobre los contenidos sociales, es admisible que las transformaciones que ello comporta sean sintetizadas en la expresión de Estado económico.

19 M. Luciani, “Sui diritti sociali”, en *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, vol. II, Cedam, Padua, 1995, p. 123.

20 A. Cantaro, “El declive de la ‘Constitución económica del Estado social’”, en M.A. García Herrera (dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997, p. 171.

21 A. Negri, “A propósito de Costituzione e capitale finanziario”, en www.uninomade.org, 2012.

Por otra parte, habría que proceder a continuación a desarrollar las consecuencias que la aceptación de nuevos principios y fines perpetrada en la estructura del Estado y de qué forma repercute en las fuentes del derecho, en la estructura democrática y en los derechos sociales, efectos que hay que analizarlos teniendo en cuenta el impacto de la integración transnacional del Estado. Este análisis tendría que completarse con la crisis de la normatividad constitucional, con la influencia de los nuevos tratados de comercio, con la irrupción de la gobernanza como alternativa a la democracia, con la supeditación de los derechos sociales al mercado, con la austeridad y el control del déficit, con el gobierno por medio de la deuda²², con la reforma del art. 135 CE, etc. Pero son temas que desbordan las limitaciones de esta colaboración²³.

7. Las anteriores consideraciones han intentado poner de relieve los desafíos constitucionales y las dudas que asaltan en nuestros días sobre la posibilidad de supervivencia del constitucionalismo²⁴. Si la Constitución del Estado social pretendía regular el desarrollo el despliegue del capitalismo industrial y la capacidad condicionante de la clase obrera organizada, el capitalismo financiarizado está aprovechando los rescoldos e induciendo los cambios pertinentes a través de la legislación transnacional y en la actualidad por medio de los grandes tratados comerciales capaces de asentar áreas de comercio planetarias que, además de favorecer el intercambio, inciden en la pugna por la hegemonía entre las viejas potencias y los países emergentes. De ahí que si la Constitución quiere recuperar su capacidad normativa tiene que remozar sus contenidos para estar a la altura de los nuevos problemas. Sigue por tanto vigente el interrogante planteado en una anterior colaboración acerca de la necesidad de elaborar la Constitución democrática que se debe confrontar con el capitalismo financiarizado²⁵. Si el capitalismo burla los controles estatales, si desborda el territorio, si esquivo los debates democráticos, si impone sus objetivos sobre cualquier otra consideración, si se parapeta detrás de las instituciones supraestatales, si minimiza los intentos de racionalizar su funcionamiento y reducir sus beneficios, el temible interrogante es el de cómo someter los nuevos poderes económicos al control popular, cómo reconstruir la ambición de la Constitución normativa.

Es necesario emprender una nueva ruta. Ante la postergación del modelo constitucional, el deterioro de los contenidos sociales y el menoscabo de la democracia, no sirve reiterar el mantra de la normatividad de la Constitución y ante su cumplimiento insistir en la vigencia de los preceptos constitucionales. Ni tampoco es válido proyectar para el futuro la reiteración y recuperación de las fórmulas acuñadas en el siglo XX. Porque el nuevo territorio es el de un Estado integrado en la órbita global y el de los intereses económicos que se han desembridado de los controles democráticos. Y estas novedades inciden drásticamente en el Estado en el que se transforman sus fines, su derecho y su organización.

De lo anterior se infiere que la reforma constitucional en curso centrada en temas domésticos, significa situar el debate en un terreno que no se corresponde con los desafíos jurídicos de nuestro tiempo.

22 M. Lazzarato, *Gobernar a través de la deuda*, Amorrortu, Buenos Aires-Madrid, 2015.

23 Un desarrollo de los temas enunciados se encuentra en M.A. García Herrera, "Estado económico y capitalismo financiarizado: propuestas para un constitucionalismo crítico", en M.A. García Herrera y otros (coords.), *Constitucionalismo crítico*, o.c., p. 137-242, que es la fuente de estas líneas.

24 G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013; L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 146 ss.

25 M.A. García Herrera y G. Maestro, "Constitución y capitalismo financiarizado: por un constitucionalismo crítico", en *Jueces para la democracia*, n. 74, 2012, p. 3-11.

“NEUROPRUEBAS” Y FILOSOFÍA

Daniel GONZÁLEZ LAGIER

1. LAS “NEUROPRUEBAS”

El desarrollo espectacular que están teniendo las investigaciones sobre el funcionamiento del cerebro —la neurociencia— tiene importantes repercusiones para la adscripción de la responsabilidad moral y jurídica. Por un lado, estas investigaciones plantean el problema de si nuestras acciones cumplen los requisitos que la teoría clásica de la responsabilidad exige: *libertad de acción* (que nuestras acciones sean consecuencias de la combinación de nuestros deseos con las creencias acerca de cómo satisfacerlos) y *libertad de voluntad* (que esos deseos y creencias sean a su vez, al menos en cierto grado, libres, controlables por el agente). Por otro lado, parecen ofrecer nuevas técnicas para la prueba de los hechos —o algunos de ellos— que generan esa responsabilidad (técnicas que genéricamente podríamos llamar “neuropruebas”).

En nuestro país podemos encontrar algunos ejemplos del incipiente uso de estas técnicas en el ámbito judicial¹: En el año 2013 el juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Zaragoza autorizó mediante auto (confirmado por la Audiencia Provincial en 2014) la prueba neurológica llamada *brainfingerprinting* (“toma de huellas cerebrales”) a petición de la Policía Nacional, con el fin de ayudar a encontrar el cuerpo de la esposa del acusado. La *brainfingerprinting* también es conocida como la prueba P300 y es una de las técnicas más prometedoras en cuanto a fiabilidad y utilidad en el ámbito judicial. Su fundamento consiste en que diversos estímulos (tanto sensoriales como internos) provocan en el cerebro ciertas modificaciones de la actividad eléctrica que queda registrada en el encefalograma como secuencias de fluctuaciones u ondas características (los “potenciales evocados”). Una de las ondas más estudiadas es la P300 (se trata de una onda que aparece como un pico en un electroencefalograma 300 milisegundos después de que se presente un estímulo ante un sujeto en ciertas condiciones). A partir de ella se ha desarrollado una técnica que permite someter a un sujeto a un encefalograma y medir las respuestas de su cerebro ante estímulos como fotos, frases, etc. relacionadas con el delito que se investiga, de manera que un programa informático es capaz de determinar el grado de probabilidad de que la información que se le ha mostrado sea conocida o no por este sujeto, con independencia —en principio— de sus manifestaciones verbales o su conducta intencional.

También se ha usado esta técnica en el mediático caso de Marta del Castillo, autorizando el Juzgado de Instrucción número 4 de Sevilla, a petición de la Policía Judicial, la excarcelación temporal de Miguel Carcaño, ya condenado, para investigar la localización del cuerpo de la víctima. Una de las conclusiones de la prueba parece haber sido que el cuerpo de Marta del Castillo habría sido enterrado y no arrojado al río, pues su cerebro reaccionaba ante la visión de fotos de una escombrera (donde presuntamente

1 Tomo la siguiente información (incluyendo la descripción de la técnica del *brainfingerprinting*) de María Luisa Villamarín López, *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal*, Ed. Marcial Pons, 2014, págs. 86 y ss. y 138 y ss.

estaría enterrado) y no de fotos del río. Eso es lo que el propio Carcaño había declarado, de manera que la prueba parece confirmar que éste fue sincero.

Las “neuropruebas” no sólo pueden servir para ayudarnos a determinar si un sujeto mente o no, sino que también podrían ser útiles para la prueba de los estados mentales, como intenciones, emociones, creencias, etc. La prueba de los estados mentales es, en general, sumamente problemática. Las dificultades para probar los estados mentales de un sujeto tienen que ver esencialmente con su carácter subjetivo: podemos tener información acerca de nuestros propios estados mentales sin necesidad de observación empírica, pero respecto de los estados de terceros sólo podemos tratar de inferirlos a partir de su conducta externa y ciertos datos contextuales. Existen varios argumentos que debilitan nuestra confianza en esas inferencias: Se ha señalado, por ejemplo, que no existen leyes o generalizaciones fiables que nos permitan correlacionar la conducta de los demás con sus estados mentales (y así, por ejemplo, un estado mental como una intención se puede tratar de llevar a cabo por medio de cursos de acción distintos, o es posible que dos personas reaccionen de manera distinta ante un mismo tipo de emoción); que al atribuir a otro un estado mental determinado puede que sólo estemos proyectando sobre él lo que nosotros sentiríamos, pensaríamos o querríamos en su situación; o que no hay ningún tipo de hecho que permita verificar la corrección de una atribución de un estado mental, más allá de los propios criterios que hemos usado para hacer la atribución. Todo ello explica que muchos juristas —e, incluso, nuestros tribunales— hayan asumido que los estados mentales relevantes para la adscripción de responsabilidad jurídica deben entenderse como hechos normativos cuya prueba es en realidad una atribución o adscripción a partir de criterios fijados normativamente y no la determinación de algún hecho empírico². En este clima, la neurociencia parece poder ofrecer técnicas que permiten superar los problemas de la prueba de los hechos psicológicos, tratándolos como hechos empíricos y no como ficciones normativas y “levantando” su velo de subjetividad: por ejemplo, la resonancia magnética funcional permite detectar los cambios en el flujo sanguíneo en el cerebro en el momento en que el individuo realiza determinadas tareas motoras o está en ciertos estados cognitivos o emocionales, lo que parece permitir correlacionar estados mentales con estados cerebrales, de manera que ante la presencia de un estado cerebral determinado se podría suponer que el sujeto tiene el estado mental correspondiente.

Ahora bien, el uso de este tipo de “neuropruebas” plantea dudas de diverso tipo. Por un lado está la cuestión de su fiabilidad. Los investigadores discuten el grado de precisión y fiabilidad de la prueba P300 y otras similares y si es posible adoptar “contramedidas” que la tergiversen. Por otro lado, está la cuestión de su admisibilidad ética y jurídica: ¿Afectan este tipo de pruebas al derecho de defensa? ¿Equivalen a una confesión? ¿Afectan a la dignidad de la persona? ¿Es necesario el consentimiento del sujeto para ser jurídicamente aceptables? Por último, plantean también clásicos problemas filosóficos, en especial el de la relación mente-cuerpo, porque dependiendo de cómo se entienda esta relación se podrá asignar uno u otro valor o sentido a la lectura de las variaciones en la actividad cerebral. En este trabajo me ocuparé de algunas objeciones posibles desde el punto de vista de la filosofía de la mente y de la acción al uso de las “neuropruebas”.

2 Sobre los problemas de la prueba de los estados mentales, específicamente la prueba de la intención o el dolo, y la discusión sobre su carácter normativo, puede verse Daniel González Lagier, “Buenas razones, malas intenciones”, en *Doxa*, núm. 26 y “La prueba de la intención y la explicación de la acción”, en *Isegoría*, núm. 35, 2006.

2. LA “NATURALIZACIÓN DE LA MENTE” Y TRES OBJECIONES FILOSÓFICAS

Desde un punto de vista filosófico, nuestro tema puede enmarcarse en lo que podría denominarse el programa de “naturalización de la mente”. Por tal podemos entender el intento de reconstruir los conceptos mentales —como los de creencia, decisión, intención, deseo, emoción, dolor, etc.— de manera que puedan ser explicados por las ciencias de la naturaleza y, en particular, la física. La naturalización de la mente es una tarea de inspiración claramente materialista y antimetafísica, pero no es ni mucho menos una tarea fácil. En particular, el intento de “naturalizar la mente” (y, con ella, la responsabilidad, al menos en parte) plantea tres objeciones filosóficas básicas, que podemos llamar a) la objeción del reduccionismo, b) la objeción del determinismo y c) la objeción de la falacia mereológica.

2.1. La objeción del reduccionismo

De acuerdo con esta objeción las propuestas de naturalización de la mente basadas en las aportaciones de la neurociencia identifican dos fenómenos que, en realidad, son distintos: la mente y el cerebro. Al hacerlo, incurren en un reduccionismo ilegítimo, dado que los estados mentales tienen ciertos rasgos (en lo que sigue me referiré a ellos como “las propiedades de lo mental”) que no pueden ser explicados en términos de actividad neurofisiológica y, en general, encajan mal con lo que las ciencias empíricas nos dicen del mundo: En primer lugar, nuestros estados mentales nos son accesibles a nosotros mismos, por introspección, de una manera directa, al margen de la evidencia empírica y de inferencias a partir de ella (es el rasgo de la *conciencia*). En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, hay cierta diferencia cualitativa en cómo emergen a mi conciencia los dolores, deseos o preocupaciones, o en la manera en que experimentamos escuchar un concierto de Bach o el sabor de un trozo de chocolate. Puede decirse, entonces, que estos estados mentales se corresponden con diferentes sensaciones internas³, que los filósofos —en analogía con el término *quanto* usado en física— llaman *qualia*. En tercer lugar, muchos estados mentales (las creencias, las intenciones,...) poseen un contenido, un significado, versan sobre otros hechos (es el rasgo de la “intencionalidad” o “contenido mental”). En cuarto lugar, los estados mentales se relacionan con nuestra conducta externa, pareciendo tener eficacia causal sobre ella (es el fenómeno de la *causación mental*)⁴. Conciencia, carácter cualitativo, intencionalidad y eficacia causal de lo mental son cuatro características de la mente que no es evidente que puedan explicarse por referencia exclusiva a procesos físico-químicos y leyes empíricas. Supongamos que la mente se identifica con el cerebro y que los estados mentales son conexiones eléctricas, físicas o químicas entre neuronas: ¿cómo es posible que algo material, físico, nos resulte accesible sin observación externa y posea un contenido semántico?⁵ Y si la mente no forma parte del mundo físico, ¿cómo puede interactuar causalmente con él? Las dificultades para dar cuenta de las propiedades de lo mental han llevado a muchos filósofos a ignorarlas o, incluso, a negarlas, presentándonos un mundo sin una verdadera “vida mental”.

3 T. Nagel, “Qué se siente ser un murciélago”, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2000.

4 Una explicación más detallada de estos rasgos puede verse en C. Moya, *Filosofía de la mente*, Capítulo I (“Algunos rasgos de nuestro concepto preteórico de lo mental”), Universidad de Valencia, 2006.

5 Una presentación de una estrategia para la naturalización de la intencionalidad puede verse en Carlos Moya, “Las emociones y la naturalización de la intencionalidad”, en *Anales del Seminario de Metafísica*, núm. 28, Ed. Complutense, 1994.

2.2. La objeción del determinismo

De acuerdo con este argumento, identificar la mente con el cerebro lleva a aceptar los postulados del determinismo. Desde el ámbito del Derecho, Michele Taruffo ha expresado esa posible objeción, precisamente en un artículo sobre “Proceso y neurociencia”⁶. En palabras suyas: “Se trataría, de hecho, de adoptar una perspectiva teórica estrictamente materialista y determinista, según la cual toda la vida mental, espiritual, volitiva y cognitiva se reduciría al funcionamiento de las células cerebrales y sus conexiones. Siguiendo esta perspectiva, se acabaría descartando que exista la voluntad, que se pueda elegir y tomar decisiones, que se pueda hablar de responsabilidad por los propios comportamientos, que exista conciencia de estos comportamientos y que estos puedan referirse a conocimientos de cualquier naturaleza. En esencia, el hombre se vería reducido a una especie de máquina del cerebro, y toda su vida estaría determinada mecánicamente por el funcionamiento sin control de esta máquina”⁷. Las consecuencias son tan distorsionadoras de nuestra visión del mundo que podrían verse como un buen argumento para rechazar la identificación entre mente y cerebro, si realmente se siguieran de esta identificación. De hecho, algunos autores, como Peter Strawson, han tratado de mostrar la imposibilidad de aceptar el determinismo a partir de la constatación de que ciertas actitudes espontáneas y naturales hacia las acciones de los demás, como el resentimiento, el agradecimiento, el perdón, el enfado, etc., que no tenemos cuando aceptamos que el sujeto no podía haber actuado de otro modo, están en la base de nuestras relaciones interpersonales y, en definitiva, de la vida social⁸.

2.3. La objeción de la “falacia mereológica”

La tercera objeción afirma que al identificar mente y cerebro se estaría incurriendo en una falacia. Al identificar cierta actividad cerebral detectada por alguna técnica neurocientífica con una intención, una mentira, un recuerdo o una emoción, se están atribuyendo estos hechos al cerebro, o a una parte del mismo, cuando en realidad son estados sólo atribuibles al sujeto como un todo. Por ejemplo, señala también Taruffo que “aun admitiendo que una determinada actividad cerebral sea necesaria para mentir (al igual que para decir la verdad), sin embargo resulta conceptualmente imposible identificar la mentira con esa actividad (...) Las mentiras no suceden en el cerebro”⁹; igualmente, “las intenciones no son procesos cerebrales, y del mismo modo la intencionalidad no se ‘coloca’ en una zona del cerebro y no se reduce a un estado cerebral”¹⁰. Asimismo, “la conciencia no es algo que ‘sucede’ en el cerebro, como la digestión se produce en el estómago, sino que implica el contacto con el mundo exterior, en una compleja interacción de cerebro, cuerpo y mundo”¹¹. Toda estas identificaciones, en definitiva, “incurren en una falacia fundamental, que consiste en atribuir a una parte del sujeto humano, es decir, al cerebro, habilidades y funciones que son propias del sujeto en su totalidad, con toda la complejidad que se manifiesta en la vida”¹².

Taruffo toma esta objeción de los trabajos de Michael S.Pardo y Dennis Patterson, quienes, a su vez, como veremos más adelante, aplican al ámbito jurídico una crítica

6 M. Taruffo, “Proceso y neurociencia”, en M. Taruffo y J. Nieva (Dirs.), *Neurociencia y proceso judicial*, Ed. Marcial Pons, 2013.

7 M. Taruffo, “Proceso y neurociencia”, pág. 23.

8 P. Strawson, “Libertad y resentimiento”, Ed. Paidós, 1995.

9 M. Taruffo, “Proceso y neurociencia”, pág. 22.

10 M. Taruffo, “Proceso y neurociencia”, pág. 20.

11 M. Taruffo, “Proceso y neurociencia”, pág. 21.

12 M. Taruffo, “Proceso y neurociencia”, pág. 23.

que Peter Hacker y Maxwell Bennet, un filósofo y un neurocientífico, dirigen a los fundamentos filosóficos de la neurociencia (y a destacados filósofos, como John Searle y Daniel Dennet, que siguen de cerca en sus explicaciones de la mente y la conciencia las aportaciones de la neurociencia), considerando que ésta incurre en lo que ellos llaman la “falacia mereológica”, al atribuir a una parte (el cerebro) lo que debería ser atribuido al todo (la persona).

Estos tres problemas de la “naturalización de la mente” por la vía de la neurociencia afectan directamente al uso y valor de las “neuropruebas”: En lo que sigue trataré de argumentar que no son obstáculos insalvables para la validez de la aplicación de las pruebas neurocientíficas en el ámbito judicial.

3. UN MAPA DE TEORÍAS DE LA MENTE

Para valorar el alcance de las anteriores objeciones es necesario conocer primero los distintos intentos de establecer una relación entre la mente y el cerebro. Para ello trataré de presentar un mapa de las teorías de la mente más extendidas y conocidas, clasificándolas a partir de sus respuestas a una serie de preguntas encadenadas:

PRIMERA PREGUNTA: ¿Está la realidad constituida por entidades físicas y mentales, entendidas como sustancias separadas, o sólo existe un tipo de entidades? El *dualismo*, como el sostenido por Descartes, sostiene lo primero; el *monismo*, lo segundo. El dualismo ha sido la concepción de la mente dominante en la historia de occidente al menos desde Descartes y ha “empapado” el lenguaje común y lo que podríamos llamar la “psicología popular” (esto es, la teoría que comúnmente usamos en las explicaciones de la conducta y las atribuciones de estados mentales). De acuerdo con el dualismo, el pensamiento y el mundo físico son sustancias distintas, cada una de ellas con propiedades distintas (para Descartes, por ejemplo, la mente es consciente, se conoce directamente, es libre, indivisible e indestructible, mientras que el cuerpo posee extensión, se conoce indirectamente, es determinado, infinitamente divisible y destructible). Hoy en día las propiedades que los dualistas asignarían a cada sustancia no son las mismas, pero la idea de dos tipos de sustancias con propiedades irreducibles permanece, por lo que la mente no puede ser estudiada por las ciencias de la naturaleza.

SEGUNDA PREGUNTA: Si se asume el monismo, ¿qué tipo de sustancia compone la realidad? El monismo puede ser *idealista* o *materialista*¹³. El monismo idealista se inclina del lado de la mente: por ejemplo, al sostener, como Berkeley, que las cosas físicas son ideas en la mente de Dios, o al analizar la realidad, como el positivismo lógico, como una construcción a partir de datos de los sentidos. El monismo materialista es el intento de decantar la distinción hacia el lado de lo físico, entendiendo que lo físico es lo único que es irreduciblemente real y que, por lo tanto, la mente debe ser explicada a partir de lo material (o eliminada). Así como el dualismo es la concepción que está detrás de la psicología popular, el materialismo es la concepción dominante hoy entre científicos y filósofos de la mente.

TERCERA PREGUNTA: Si se asume el monismo materialista, ¿tiene sentido hablar de estados mentales? Para el dualismo, los *estados* mentales existen genuinamente en el mundo mental, por lo que los *conceptos* mentales forman legítimamente parte

13 Dejo de lado el monismo neutral de autores como Bertrand Russell, para quien el componente último del mundo es una sustancia que no es ni material ni espiritual (éstas serían formas de observar esa sustancia neutral). Puede verse, por ejemplo, B. Russell, *Análisis de la materia*, 1969 o *El conocimiento humano*, 1993. Para una explicación actual (y defensa) del monismo neutral puede verse Rafael A. Alemañ Berenguer, “La relación mente-materia y el monismo neutral”, en *Naturaleza y libertad. Revista de estudios interdisciplinarios*, núm. 1, 2012.

de la psicología, que es una ciencia distinta de las ciencias físicas. Pero si se acepta el monismo materialista (dejaré de lado al idealismo, que es una postura prácticamente abandonada hoy día), entonces se plantea la cuestión de si es posible acomodarlos en una concepción fisicalista del mundo. Surge, entonces, la alternativa entre el eliminacionismo, el reductivismo y el no reductivismo. El *materialismo eliminacionista* cree que la tarea de encontrar los correlatos neuronales de los estados mentales está condenada al fracaso, porque no hay estados mentales, tal como los considera la psicología y el sentido común. Presuponer que la neurociencia permitirá establecer una correlación entre estados cerebrales y mentales es dar carta de existencia a estos últimos. Pero la psicología está equivocada, trata de dar explicaciones de la conducta que la investigación científica mostrará que no logran decir nada verdadero sobre la realidad. Como la teoría del flogisto (una supuesta sustancia, en realidad inexistente, que se creía que se liberaba en los procesos de combustión u oxidación), las teorías y los conceptos mentales están condenados a desaparecer, simplemente porque hacen referencia a cosas que no existen. A medida que avance la neurociencia, podremos sustituir el lenguaje de los estados mentales por el lenguaje de los estados cerebrales, de igual manera que el descubrimiento de los virus y las bacterias permitió rechazar las explicaciones de las enfermedades en términos de demonios, maldiciones y espíritus. Éste sería, simplemente, un ámbito más donde la extensión de la ciencia permitiría la expulsión de la superstición. El *materialismo reduccionista* no impugna el sentido de los conceptos mentales (mantiene la psicología como una disciplina epistemológicamente adecuada o conveniente, al menos en cierto grado), pero cree que las teorías mentales ganarán en precisión y poder explicativo si son traducidas o reducidas a un lenguaje en última instancia no mental. Una teoría es reducida a otra, de acuerdo con Paul Churchland, cuando “una teoría nueva y eficaz logra abarcar un conjunto de proposiciones y principios que reflejan perfectamente (o casi perfectamente) las proposiciones y principios de una teoría o marco conceptual anteriores”¹⁴. Si el ejemplo preferido de los eliminacionistas es el flogisto, el de los reduccionistas es la explicación del calor en términos de promedio de energía cinética de las moléculas (a diferencia de lo que ocurría con el flogisto, las teorías o leyes que usan el concepto de calor, como la que afirma que el calor dilata los metales, son útiles, pero su reducción a la nueva teoría proporciona una descripción más precisa del fenómeno). El *materialismo no reduccionista* sostiene que la traducción del lenguaje mental al lenguaje físico es imposible sin pérdidas significativas: aunque haya una sola sustancia, lo físico, podemos hablar de estados o propiedades cerebrales y de estados o propiedades mentales. El materialismo no reduccionista puede verse como un monismo respecto de las sustancias y, simultáneamente, un dualismo respecto de las propiedades. Su desafío, por tanto, es explicar cómo de lo físico pueden surgir las propiedades de lo mental.

CUARTA PREGUNTA: Si se asume que hablar de estados mentales no es un sinsentido, esto es, si se asume un materialismo no eliminacionista (reductivista o no) ¿qué son realmente los estados mentales? Se han propuesto varias alternativas:

1) La primera opción consiste en identificar lo mental con la conducta o las disposiciones de comportamiento. A esta estrategia se le ha llamado *conductismo lógico o conceptual*. Lo que tienen en común las distintas concepciones conductistas (como las de Carnap, Ryle o Wittgenstein) es la idea de que existe algún tipo de relación constitutiva e interna entre la mente y el comportamiento¹⁵. Esta conexión surge por el modo de construcción de los conceptos mentales y el aprendizaje de los términos correspon-

14 P. Churchland, *Materia y conciencia*, Ed. Gedisa, 1999, pág. 51.

15 C. Moya, *Filosofía de la mente*, pág. 43.

dientes. De acuerdo con el conductismo este proceso de aprendizaje no va de lo “interno” a lo “externo”: no reconocemos un dolor en nosotros mismos y luego aplicamos el concepto a otros (si así fuera, como no es posible saber que lo que sienten los otros es exactamente lo mismo, no habría criterios de corrección en el uso de las expresiones mentales, esto es, no tendrían significado), sino que aprendemos a usar el concepto a partir de las manifestaciones externas del dolor que observamos en los demás y en nosotros mismos. El conductismo es una concepción reductivista: el lenguaje mentalista debe ser traducido a la descripción del comportamiento y a la expresión de disposiciones conductuales. “En su forma más fuerte y más directa — escribe Paul Churchland — el conductismo filosófico postula que toda oración acerca de un estado mental se puede parafrasear, sin pérdida de significado, por una oración larga y compleja acerca de cuál sería la conducta observable que se produciría si una determinada persona se encontrara en esta, o aquella o cualquier otra circunstancia observable”¹⁶. Volveremos más adelante sobre el conductismo filosófico, puesto que la objeción según la cual la identificación neurociencia incurre en lo que hemos llamado la falacia mereológica parece conducir a esta postura o a una similar.

2) La segunda estrategia consiste en identificar los estados mentales de un sujeto con sus estados cerebrales. Esto es lo que hace el *materialismo de la identidad de tipos*, un materialismo reduccionista que sostiene que cada *tipo* de estado mental es una y la misma cosa que un *tipo* de estado cerebral, o que cada propiedad mental es idéntica a una propiedad cerebral. Esta teoría no niega que existan estados mentales: lo que niega es que sean algo distinto de estados del cerebro. De la misma manera que la luz son ondas electromagnéticas, el agua es H₂O y la temperatura es promedio de energía cinética molecular, las creencias son un determinado estado cerebral, los deseos otro, etc. Se trata de “identidades interteóricas”¹⁷. Para el materialismo de la identidad esta identificación entre estados mentales y estados cerebrales tiene el carácter de una hipótesis científica, que cuenta con algunos indicios a su favor y que se espera que llegue a ser confirmada en el futuro permitiendo la reducción de los conceptos mentales a la neurociencia. Un problema de esta teoría es que si los estados cerebrales y los estados mentales son la misma cosa, entonces todas las propiedades de los primeros han de ser también propiedades de los segundos, y viceversa. Esto es, los estados mentales deben tener propiedades espaciales (deben estar en algún sitio) y los estados cerebrales deben tener propiedades semánticas¹⁸. Las dificultades para entender esto suelen llevar a negar las propiedades de lo mental, o alguna de ellas.

3) Existe una versión distinta del materialismo de la identidad. Ante la desconfianza de que sea posible encontrar los correlatos neuronales de los estados mentales, algunos autores han defendido un tipo de materialismo que postula no una identidad entre tipos de estados mentales y tipos de estados cerebrales, sino sólo entre *casos* o *instancias* de estados mentales y *casos* o *instancias* de estados cerebrales. Son las *teorías de la identidad de instancias*. De esta forma, cada estado mental se corresponde con un evento físico, pero dos sujetos pueden tener el mismo estado mental y estar en estados cerebrales distintos, o tener estados mentales diferentes pese a estar en estados cerebrales idénticos. Esto implica que no puede hacerse una reducción teórica — esto es, general — de los estados mentales a los estados cerebrales (aunque puede hacerse, como sugiere la siguiente estrategia, el funcionalismo, a otro tipo de entidades). Una de estas teorías

16 P. Churchland, *Materia y conciencia*, pág. 46.

17 P. Churchland, *Materia y conciencia*, pág. 52.

18 P. Churchland, *Materia y conciencia*, pág. 55.

es el *monismo anómalo* de Donald Davidson¹⁹. Se trata de una teoría relevante, porque pretende compaginar el determinismo del mundo físico con el indeterminismo (al menos, epistemológico) de la conducta humana. Davidson parte de la asunción de la tesis de la identidad de instancias y de tres principios básicos: (a) El principio de interacción causal, de acuerdo con el cual al menos algunos eventos mentales interactúan causalmente con eventos físicos, (b) el principio del carácter nomológico de la causalidad, de acuerdo con el cual donde hay causalidad, debe haber una ley que correlacione tipos de eventos y (c) el principio del carácter anómalo de lo mental, según el cual no hay leyes estrictamente causales a partir de las cuales puedan predecirse los eventos mentales, dado que las interpretaciones de los estados mentales de otros sujetos —a diferencia de lo que ocurre con las relaciones causales entre eventos físicos— están sujetas al principio rector de la racionalidad.

4) La estrategia que tiene mayor difusión actualmente es el *funcionalismo*, que en realidad puede verse como una concepción que funde cierta herencia del conductismo con la tesis de la identidad de instancias. Para los funcionalistas los estados mentales se identifican con roles, papeles o funciones causales. De la misma manera que un reloj se caracteriza por su función para medir el tiempo con exactitud, un estado mental se caracteriza por la función que cumple. Dicha función se describe a partir de ciertas relaciones con el contexto (*inputs*) y con la conducta (*outputs*). Para el funcionalismo “lo esencial para que un determinado sujeto tenga la creencia de que *p* no es que en su cerebro haya una configuración neuronal de un tipo determinado, sino que se halle en un estado que guarde las relaciones adecuadas con otros estados y procesos y cumpla el papel causal adecuado en la organización de dicho sujeto”²⁰. El funcionalismo es compatible con el materialismo, porque tener una propiedad funcional requiere una estructura subyacente física, pero difiere del materialismo de la identidad de tipos porque admite que las mismas funciones podrían ser realizadas por estructuras físicas organizadas de manera distinta. Así, un ser (o una máquina) que tuviera una organización funcional suficientemente semejante a la de un hombre podría tener estados mentales. Por tanto, aunque todo estado mental se corresponde con un estado físico, no hay una correspondencia entre tipos de estados mentales y tipos de estados físicos. El funcionalismo puede verse, además, como una concepción reductivista, en el sentido de que asume la posibilidad de una descripción de las propiedades mentales que no haga referencia a otras propiedades mentales, pero a diferencia del conductismo y del materialismo de la identidad no reduce los estados mentales a estados cerebrales, sino a propiedades funcionales²¹.

5) La última alternativa que analizaremos es la del materialismo emergentista. El *emergentismo* es una postura materialista que identifica los estados mentales con propiedades emergentes o sistémicas, es decir, propiedades que surgen a partir de cierto grado de complejidad de un sistema. Son propiedades del conjunto del sistema, pero no de cada una de sus partes. Para explicar qué es una propiedad emergente John Searle —cuya concepción, que él mismo llama *naturalismo biológico*, es una teoría emergentista— recurre al siguiente ejemplo: “Supongamos que tenemos un sistema S, compuesto de los elementos *a, b, c...* Por ejemplo, S podría ser una piedra y los elementos podrían ser moléculas. En general, habrá rasgos de S que no son, o no necesariamente, rasgos de *a, b, c...* Por ejemplo, S podría pesar 20 kilogramos, sin que las moléculas individualmente pesen 20 kilogramos. Denominemos a estos rasgos ‘rasgos del sistema’. Algu-

19 D. Davidson, *Sucesos mentales*, en *Ensayos sobre acciones y sucesos*, Crítica, 1995.

20 C. Moya, *Filosofía de la mente*, pág. 101.

21 C. Moya, *Filosofía de la mente*, pág. 104. En contra, P. Churchland, *Materia y conciencia*, pág. 65.

nos rasgos del sistema pueden ser deducidos, o determinados, o calculados a partir de los rasgos *a*, *b*, *c*..., simplemente por la forma en que se componen y ordenan (y, a veces, por sus relaciones con el entorno). Ejemplos de ellos serían la forma, el peso y la velocidad. Pero algunos otros rasgos del sistema no pueden ser determinados sólo a partir de los elementos que los componen y de las relaciones con el entorno: han de ser explicados a partir de las relaciones entre los elementos. Llamémosles ‘rasgos del sistema causalmente emergentes’. La solidez, la liquidez y la transparencia son ejemplos de rasgos del sistema causalmente emergentes²². De manera que, para Searle, una propiedad emergente es una propiedad que surge a partir de los elementos que componen el sistema, de las relaciones del sistema con el entorno y —esto parece lo decisivo— de las relaciones de esos elementos entre sí. Los estados mentales se identifican con propiedades emergentes de los cerebros. Los cerebros son sistemas físicos que han ido adquiriendo complejidad a lo largo de su historia evolutiva. El naturalismo biológico es descrito por Searle a partir de cuatro tesis²³:

- 1) Los estados mentales, con su ontología subjetiva de primera persona, son fenómenos reales del mundo real.
- 2) Los estados mentales son causados en su totalidad por procesos neurobiológicos de nivel inferior localizados en el cerebro.
- 3) Los estados mentales son rasgos del sistema cerebral en su conjunto y existen, por tanto, en un nivel superior al de las neuronas y sus sinapsis (“Por sí misma — dice Searle —, una neurona no es consciente, pero las partes del sistema cerebral compuestas por ella sí lo son”).
- 4) Los estados mentales, en la medida en que son reales, tienen eficacia causal (“Mi sed consciente, por ejemplo, me lleva a tomar agua”).

También ha sostenido una postura emergentista Mario Bunge (presentándola como una prolongación del programa de Santiago Ramón y Cajal de estudiar el espíritu en la materia), para quien (1) todos los estados, sucesos y procesos mentales son estados, sucesos y procesos en los cerebros de vertebrados superiores, (2) estos estados, sucesos y procesos emergen de los estados, sucesos y procesos de los componentes celulares del cerebro y (3) las relaciones entre la mente y el cerebro son relaciones entre subsistemas diferentes del cerebro o entre algunos de ellos y otros componentes del organismo²⁴.

El materialismo emergentista no es reductivista. De acuerdo con Searle, aunque los estados mentales pueden ser reducidos causalmente a —en el sentido de explicados por— los componentes del cerebro y sus relaciones, esta explicación no es suficiente, porque lo característico de lo mental es que es un fenómeno en primera persona, requiere un lenguaje subjetivo que no puede ser descrito con el lenguaje objetivo de la neurociencia. En el mismo sentido, para Bunge la neurofisiología es necesaria, pero no suficiente para dar cuenta de los estados mentales, dado que olvida conceptos como pensamiento, intención, etc.; y lo mismo puede decirse de la psicología, puesto que no presta atención al cerebro o Sistema Nervioso Central.

22 J. Searle, *El redescubrimiento de la mente*, Ed. Crítica, 1996, pág. 121.

23 J. Searle, *La mente. Una breve introducción*, Ed. Norma, 2006, págs. 147 y 148.

24 M. Bunge, *El problema mente-cerebro. Un enfoque psicobiológico*, Ed. Tecnos, 2002, pág. 42.

Teorías de la mente

1. Dualismo (dos sustancias)
2. Monismo (una sustancia).
 - 2.1. Monismo idealista (todo es espíritu).
 - 2.2. Monismo materialista (todo es materia).
 - 2.2.1. Materialismo eliminacionista (no hay estados mentales, es una descripción falsa).
 - 2.2.2. Materialismo reductivista (los estados mentales son estados de un tipo distinto).
 - 2.2.2.1. Tesis de la identidad de tipos (reducción a eventos neurofisiológicos)
 - 2.2.2.2. Conductismo (reducción a conducta).
 - 2.2.2.3. Funcionalismo (reducción a roles causales).
 - 2.2.3. Materialismo no reductivista.
 - 2.2.3.1. Tesis de la identidad de instancias (los estados mentales son estados físicos, pero no hay correlación entre tipos).
 - 2.2.3.2. Emergentismo (los estados mentales son propiedades emergentes. Monismo de sustancias, dualismo de propiedades).

4. DE NUEVO SOBRE LA OBJECIÓN DEL REDUCCIONISMO

No puedo señalar aquí los problemas y las ventajas de cada una de estos enfoques distintos sobre la mente. Sin embargo, su exposición es suficiente para darse cuenta de que no todos los intentos materialistas de explicar la mente son eliminacionistas o reductivistas, ni lo son en el mismo grado. La objeción de eliminacionismo o reduccionismo (según la cual la neurociencia lleva a dejar de lado lo más peculiar de los estados mentales) no puede dirigirse, por ejemplo, contra el emergentismo, porque precisamente éste es un intento de mantener las propiedades de lo mental tal como se entienden en la psicología de sentido común. Precisamente, en mi opinión, sólo algún tipo de emergentismo causal puede satisfacer tres presupuestos que me parecen básicos y que espero que se acepten, a efectos de este trabajo, sin necesidad de mayor discusión:

a) El primer presupuesto sería el “materialismo ontológico”, esto es, la idea de que el mundo en el que vivimos es en última instancia el mundo físico o material. Es posible que tenga sentido hablar de un mundo de instituciones y de un mundo de ideas y conceptos (y es probable que en el análisis de estos mundos no haya que aceptar un “materialismo metodológico”, esto es, la idea de que todo debe ser explicado de acuerdo con el modelo de las ciencias de la naturaleza), pero estos presuponen el mundo material (donde “presuponer” no significa que sean sin más “reducibles” a él). Este presupuesto nos compromete con el monismo materialista²⁵.

b) El segundo presupuesto sería el de la aceptación de la existencia de los estados mentales. Eso es algo de lo que todos tenemos experiencia directa. Es un dato (obtenido por introspección) innegable. Como ha insistido una y otra vez John Searle, el materialis-

25 Las propias limitaciones del dualismo de sustancias nos conducen al materialismo, pues, en palabras de Searle: “1) Nadie ha logrado proporcionar jamás una descripción inteligible de las relaciones entre esos dos reinos. 2) la postulación es innecesaria. Es posible explicar todos los hechos de primera y todos los hechos de tercera persona sin postular reinos separados. 3) La postulación genera dificultades intolerables. De acuerdo con esta concepción, se hace imposible explicar de qué manera los estados y sucesos mentales pueden causar estados y sucesos físicos. En síntesis, es imposible evitar el epifenomenalismo” (J. Searle, *La mente. Una breve introducción*, pág. 168. También puede encontrarse una clara crítica al dualismo en P. Churchland, *Materia y conciencia*, págs. 40 y ss.

mo eliminativista “parece una locura. Parece una locura afirmar que yo nunca he sentido sed o deseos, que nunca he tenido dolor, que, en realidad, nunca he creído nada, o que mis creencias y mis deseos no juegan ningún papel en mi conducta”²⁶. Este presupuesto nos obliga a rechazar el materialismo eliminacionista.

c) El tercer presupuesto es la aceptación de que la mente (los estados mentales) tienen cuatro propiedades básicas: Son conscientes, poseen (al menos algunos estados mentales) *qualias*, pueden tener contenido semántico y pueden causar la conducta. Este presupuesto nos obliga a rechazar el reduccionismo, pues las distintas formas de reduccionismo plantean el mismo problema: no pueden dar cuenta del aspecto subjetivo o de primera persona de los estados mentales, al sustituirlo por un discurso en tercera persona. Las concepciones reduccionistas, en palabras de Thomas Nagel, “omiten algo esencial que descansa más allá de los fundamentos externamente observables para atribuir estados mentales a otros, a saber, el aspecto del fenómeno mental que es evidente desde la primera persona, el punto de vista interior del sujeto consciente: por ejemplo, la forma en que el azúcar te sabe o la forma en que ves el rojo o sientes la ira”²⁷. Este rechazo del reduccionismo nos lleva a buscar una teoría que mantenga las propiedades de lo mental.

El materialismo emergentista trata de conciliar estos tres presupuestos, por lo que creo que debe ser asumido como un programa de investigación que permite evitar un reduccionismo eliminacionista, aunque ciertamente todavía no como una teoría plenamente satisfactoria (la clarificación de la noción de “emergencia” sigue siendo un tema pendiente de esta teoría).

5. DE NUEVO SOBRE LA OBJECCIÓN DEL DETERMINISMO

De acuerdo con el segundo argumento contra la neurociencia y la aplicación de sus técnicas al proceso, si se acepta la identificación de las actividades mentales con las actividades cerebrales, se acabaría descartando que exista la voluntad y toda explicación de la conducta debería hacerse en términos causales y mecanicistas, sin lugar para el libre albedrío. ¿Es esto necesariamente así? Es cierto que el determinismo se encuentra más cómodo entre las posturas materialistas y que la tesis del libre albedrío parece encontrar mejor acomodo en el dualismo, pero antes de afirmar que una cosa lleva a la otra es necesario tener en cuenta tres matizaciones: La primera es la discusión entre compatibilismo e incompatibilismo; la segunda es la distinción entre determinismo ontológico y determinismo epistemológico, y la tercera es el carácter gradual de la identificación entre mente y cerebro que podemos apreciar en las distintas teorías materialistas de la mente.

a) La compatibilidad o no entre el determinismo y el libre albedrío (y la responsabilidad moral) constituye ya una venerable cuestión filosófica. Quienes defienden la objeción del determinismo asumen una postura *incompatibilista*: si el determinismo fuera cierto, no podrían sostenerse ni el libre albedrío ni la responsabilidad. Para los *compatibilistas*, en cambio, sería posible sostener que nuestras acciones están determinadas sin que, sin embargo, se siguieran las consecuencias para la responsabilidad o para la disolución de la vida social que señala Taruffo. Si el compatibilismo tuviera razón, la aceptación de una concepción materialista de la mente no llevaría necesariamente al determinismo²⁸.

26 J. Searle, *El redescubrimiento de la mente*, pág. 62.

27 T. Nagel, *Mente y cosmos. Por qué la concepción neo-darwinista materialista de la naturaleza es, casi con certeza, falsa*, Capítulo II (*La conciencia*), Ed. Biblioteca Nueva, 2004.

28 En mi opinión, no obstante, siempre hay algo insatisfactorio en las propuestas compatibilistas, porque su objetivo lo alcanzan, en el mejor de los casos, redefiniendo explícitamente lo que se entiende por determinismo o

b) En segundo lugar, debe tenerse en cuenta la distinción entre el determinismo como tesis ontológica (todo está causalmente determinado) y el determinismo como tesis epistemológica (conociendo el estado del mundo en un momento determinado y las leyes causales adecuadas, todo suceso es predecible). El primero requiere que las causas sean siempre condiciones suficientes de los efectos. Pero precisamente esto es algo que se niega en ocasiones. Kathinka Evers, en su libro *Neuroética. Cuando la materia se despierta*, distingue entre una causalidad necesaria, que produciría el mismo efecto en todos los mundos posibles, y una causalidad contingente, para la que habría al menos un mundo posible en el que esa misma causa ha producido un efecto distinto²⁹. Desde el lado de la neurociencia se han presentado algunas investigaciones que sugieren que en el cerebro (al menos, para algunas de sus funciones) las relaciones causales son de esta segunda manera (Evers se centra sobre todo en los trabajos del neurocientífico J.P. Changeux tratando de explicar la creatividad a partir de la plasticidad neuronal, esto es, la capacidad del cerebro de modificarse físicamente en función del aprendizaje, incluso del proveniente del medio social). Si esto es así, “es teóricamente posible *influxir* deliberadamente en el resultado para orientarlo en cierta dirección”³⁰. Creo que, respecto del determinismo ontológico, hay suficiente grado de discusión entre neurocientíficos como para poder dejar todavía la cuestión abierta, sin identificar necesariamente reducción de la mente al cerebro con aceptación del determinismo³¹.

El determinismo epistemológico, por su parte, añade al requisito de la existencia de condiciones causalmente suficientes previas de la conducta la idea de una correlación entre tipos de estados cerebrales y tipos de estados mentales. Si esta correlación no existe o no puede establecerse, entonces la conducta humana, aunque pueda estar causalmente determinada, es impredecible. “Leyendo” los estados cerebrales no podríamos saber qué estados mentales tendría el sujeto y, por tanto, cómo va a actuar. El

por libre albedrío, y otras veces simplemente deslizándose inadvertidamente de un sentido a otro de estos términos. Hobbes, por ejemplo (un compatibilista clásico) sostenía que la libertad consiste en la ausencia de obstáculos para actuar conforme a nuestros deseos. Esto es compatible con que nuestros deseos estén determinados. Pero si aceptamos que un sujeto es realmente libre cuando hubiera podido actuar de una manera distinta a como lo hizo, entonces el libre albedrío requiere —como hemos visto al comienzo del artículo— no sólo que la acción sea libre (*libertad de acción*), en el sentido de que no haya obstáculos que impidan al agente actuar de acuerdo con sus planes y objetivos, sino también que la voluntad sea libre (*libertad de voluntad*), en el sentido de la elección por esos planes y objetivos no esté determinada por condiciones suficientes previas. Muchos compatibilistas suelen identificar la libertad con algo (la libertad de acción sin libertad de la voluntad, libertad como noúmeno pero no fenomenológica, deseos de segundo orden, etc.) que no satisface plenamente nuestra percepción de ser libres, por lo que la conciliación entre libertad y determinismo se logra en la mayor parte de concepciones compatibilistas asumiendo un sentido fuerte de determinismo, pero débil de libertad. Creo que tiene razón Searle cuando afirma que “el compatibilismo hace un planteamiento lógico sobre los conceptos de ‘libre’ y ‘determinado’ y señala, con acierto, que hay un uso de estos según el cual decir que una acción es libre no significa, hasta aquí, formular interrogante alguno acerca de si está determinada o no, en el sentido de la existencia de condiciones causales previas suficientes. Pero una vez aceptado este planteamiento lógico, todavía queda abierta una cuestión empírica fáctica. ¿Es verdad que toda acción humana ocurrida en el pasado, que ocurre ahora o que ocurrirá alguna vez fue, es y será causada por condiciones previamente suficientes?” (J. Searle, *La mente. Una breve introducción*, pág. 278.)

29 K. Evers, *Neuroética. Cuando la materia se despierta*, Ed. Katz, 2010, pág. 86 y ss.

30 K. Evers, *Neuroética. Cuando la materia se despierta*, pág. 96.

31 Otro intento de introducir la indeterminación en el ámbito de la conducta ha tratado de apoyarse en la mecánica cuántica. Como es sabido, ésta parece introducir un elemento de azar e indeterminación en el nivel sub-atómico del mundo físico, de manera que sus leyes sólo pueden ser estadísticas. Esta indeterminación no afecta en condiciones normales a niveles superiores. ¿Es posible que en el cerebro se filtre algún grado de indeterminación por influencia de la mecánica cuántica? No han faltado autores que lo han sugerido así (Eddington, R. Penrose, J. Eccles, Robert Kane, etc.). Esta estrategia tiene dos enormes problemas (por no decir, como señala Searle, que trata de resolver un misterio con otro): ¿cómo es posible que la indeterminación de la mecánica cuántica afecte al nivel neuronal (superior al sub-atómico), a diferencia de lo que ocurre en el resto de contextos físicos? Y, más grave aún: ¿No es el libre albedrío también incompatible con el ingrediente azaroso que la indeterminación introduciría en nuestra conducta? Tan desastroso es para el libre albedrío el determinismo rígido como la ausencia de toda determinación: El libre albedrío requiere del tipo adecuado de determinación.

materialismo de la identidad de instancias, por tanto, no puede incurrir en un determinismo neurobiológico epistemológico.

c) En tercer lugar, como hemos visto al exponer las distintas teorías materialistas, cabe una graduación en el grado de identificación entre mente y cerebro, que tiene consecuencias para las implicaciones deterministas. De mayor a menor identificación:

1) El materialismo eliminacionista y el materialismo reduccionista proponen una identificación fuerte entre cerebro y mente: las explicaciones de la conducta basadas en creencias, deseos, emociones, etc. podrán ser eliminadas o al menos traducidas a explicaciones neurofisiológicas una vez que se hayan encontrado los correlatos neuronales de los estados mentales. Sin embargo, no llevarían necesariamente a sostener que todas las conductas están determinadas si se encuentra alguna explicación neurofisiológica para ello (como las que destacan la plasticidad del cerebro y la flexibilidad de algunas relaciones causales en su funcionamiento).

2) Un grado menor de identificación se da en el materialismo de la identidad de instancias o casos: es una identificación en el nivel de los casos, pero sin una correlación de tipos. De esta manera, como hemos visto, se abre la puerta a aceptar una noción de libertad como imposibilidad de predecir la conducta, esto es, como indeterminismo epistémico.

3) Menor identificación aún se da en las posturas que sostienen un monismo de sustancias pero un dualismo de propiedades. Es el caso del materialismo emergentista. Si la relación de emergencia es algún tipo de relación causal entre el sustrato físico y lo mental, el libre albedrío podría explicarse desde posturas emergentistas si pudiera haber influencia causal de las propiedades sistémicas sobre las propiedades de nivel inferior. Mario Bunge, por ejemplo, trata de ofrecer una explicación del libre albedrío, entendido como la capacidad del pensamiento de influir en la conducta, desde los postulados del materialismo emergentista.

4) El funcionalismo, por último, establece una conexión muy débil entre el cerebro y las propiedades mentales (que, recordémoslo, se identifican con propiedades funcionales). Puede ser compatible con algún tipo de determinismo, pero en la medida en que define la mente al margen de su sustrato neuronal (hasta el punto de que las mismas funciones mentales pueden realizarse en soportes físicos distintos), se aleja de un determinismo neurobiológico.

En definitiva, si se tiene en cuenta los distintos sentidos de determinismo y los distintos sentidos de materialismo, no parece que haya necesariamente una contradicción entre ser materialista y aceptar el libre albedrío. Es decir, *siempre hay un argumento disponible para cada tipo de teoría materialista que permite rechazar el determinismo*.

En todo caso, como he sostenido en otro lugar, hay argumentos conceptuales que permiten sostener que no cabe probar empíricamente la tesis determinista. Precisamente en esta idea cabe sustentar la responsabilidad: no en el hecho de que el determinismo sea una hipótesis que no ha sido todavía probada, sino en el hecho de que, por razones conceptuales, no puede serlo. No puede serlo porque las categorías conceptuales implicadas, como la de relación causal, están construidas a partir del concepto de acción, que a su vez presupone fragmentos del mundo no determinados³². Probablemente, éste y otros argumentos conceptuales semejantes descansan en la imposibilidad de construir un lenguaje lo suficientemente objetivante como para demostrar que carecemos

32 D. González Lagier, *¿La tercera humillación? Sobre neurociencia, filosofía y libre albedrío*, en M. Taruffo y J. Nieva, *Neurociencia y proceso judicial*.

de algo de lo que tenemos una convicción subjetiva tan intensa. Como ha escrito Adela Cortina: “Si quiero comprobar experimentalmente si tenía posibilidad de actuar de otro modo o si tengo posibilidad de decidir, entonces he de asumir una perspectiva impersonal u objetiva para poder diseñar experimentos que me permitan comprobar la verdad o falsedad de las afirmaciones. En este caso puede muy bien ocurrir que no podamos traducir el lenguaje de primera persona al de tercera persona”³³

6. DE NUEVO SOBRE LA FALACIA MEREOLÓGICA

La tercera de las objeciones hacia las pruebas neurofisiológicas es la de que sus defensores incurren en una falacia grave al atribuir al cerebro, o a alguna de sus partes, estados mentales que sólo son atribuibles al sujeto en su conjunto. Esta objeción ha sido sostenida, de nuevo, por Michele Taruffo, adaptando a las pruebas neurofisiológicas la objeción que Pardo y Patterson dirigen contra la neuroética y el neuroderecho, quienes, a su vez, la toman de la objeción que Hacker y Bennet dirigen a la neurociencia —al menos a la neurociencia cognitiva—.

Los argumentos centrales en Pardo y Patterson son, por un lado, la distinción entre criterios e indicios y, conectada con esta distinción, la identificación de los estados mentales con “habilidades” o con la conducta del sujeto. Esta definición de estado mental les lleva a negar que la mente (y los estados mentales) pueda ser localizada en algún lugar del cuerpo. El punto de partida de su argumentación es la distinción wittgensteniana entre pruebas que son criterios y pruebas empíricas o inductivas para la adscripción de predicados psicológicos, como creer, percibir, conocer, etc. Las primeras tienen una relación constitutiva o conceptual con dicho predicado psicológico, mientras que las segundas sólo prestan apoyo inductivo, en la medida en que pueden estar empíricamente correlacionadas con el estado mental³⁴. De acuerdo con los autores, las pruebas “criteriales” de los atributos psicológicos son “varios tipos de comportamiento”: “Comportarse de un modo determinado es lógicamente una buena prueba y, por eso, parte constitutiva de estos conceptos. Para la percepción visual esto incluye, por ejemplo, que uno de los ojos siga el fenómeno que se persigue, que uno reporte ajustadamente lo que se observa, y así respectivamente. El creer incluye, por ejemplo, que uno asevere o refrende lo que uno cree, que uno actúe en direcciones consistentes con lo que se cree, que uno no crea proposiciones directamente contradictorias y así sucesivamente”³⁵. La conexión entre el comportamiento y los estados psicológicos, según los autores, es conceptual, de manera que “el comportamiento no sólo aporta pruebas de que alguien en una ocasión dada está percibiendo o tiene una creencia, sino que también determina parcialmente lo que significa percibir o creer”³⁶. Por el contrario, la actividad neuronal, aunque pudiera establecerse una correlación entre ella y los estados mentales, sólo sería prueba inductiva o empírica de los mismos. Lo neuronal no podría ser criterio de los estados mentales porque para saber que cierto tipo de evento neuronal se corresponde con un determinado tipo de estado mental, previamente hemos de haber identificado el estado mental³⁷ (a través del comportamiento).

La conexión interna o constitutiva entre la conducta y los estados mentales les lleva a definir la mente como “un conjunto diverso de habilidades ejercidas por una persona”³⁸.

33 A. Cortina, *Neuroética y neuropolítica*, Ed. Tecnos, 2012, pág. 157.

34 M. S. Pardo y D. Patterson, “Fundamentos filosóficos del Derecho y la Neurociencia”, en *In Dret*, 2/2011 pág. 13.

35 M. S. Pardo y D. Patterson, “Fundamentos...”, pág. 14.

36 M. S. Pardo y D. Patterson, “Fundamentos...”, pág. 14.

37 M. S. Pardo y D. Patterson, “Fundamentos...”, pág. 15.

38 M. S. Pardo y D. Patterson, “Fundamentos...”, pág. 7.

“La mente —afirman— no es en absoluto una entidad o sustancia (ni física ni no física). Tener una mente implica poseer una serie de ciertos poderes racionales que se manifiestan con el pensamiento, con los sentimientos y las acciones”³⁹. Pardo y Patterson contraponen esta concepción al materialismo (por el que entienden la identificación de mente y cerebro) y al dualismo, presentándola como una tercera vía.

El último paso en su argumentación es el siguiente: si la mente no es el cerebro, ni ningún otra parte del sujeto, no tiene sentido atribuir a un órgano los estados mentales. Hacerlo es incurrir en la falacia que —siguiendo a Hacker y Bennet— llaman falacia mereológica.

Esta argumentación sigue punto por punto la de Peter Hacker y Maxwell Bennet en sus *Fundamentos filosóficos de la neurociencia* y en *La naturaleza de la conciencia* (que reproduce parcialmente el primer libro): De acuerdo con estos autores, los neurocientíficos han heredado en cierta medida los errores del dualismo cartesiano: han pasado de adscribir atributos psicológicos a la mente a adscribir los mismos atributos al cerebro, pero “suponer que el cerebro es el portador de los atributos psicológicos no supone avance alguno sobre esa concepción falsa [el dualismo]”⁴⁰. Esta confusión les lleva a decir que el cerebro *sabe cosas, razona, construye hipótesis, decide*, o que las neuronas son *inteligentes, transmiten mensajes, calculan probabilidades*, etc.⁴¹. Se trata en todos los casos, opinan, de un grave error conceptual que lleva a sinsentidos, y no una simple forma metafórica de hablar. Y es un grave error porque la atribución de estados mentales no es una cuestión empírica, sino conceptual. Para poder adscribir estos atributos al cerebro necesitaríamos algún criterio conceptual. En el caso del ser humano, el criterio de atribución es su comportamiento; pero en el caso del cerebro “ni siquiera sabemos qué es lo que demostraría que (...) posee tales atributos”⁴². El comportamiento está, por tanto, constitutiva y conceptualmente vinculado con los estados mentales: es parte de lo que significa tener esos estados mentales. Por tanto, los estados mentales sólo son atribuibles al agente que actúa como un todo.

¿Cómo debemos valorar estos argumentos? Me parece que John Searle, en su contestación a las críticas de Hacker y Bennet, muestra algunas debilidades de estas objeciones a la neurociencia. Como es evidente, la concepción de la mente de estos autores se basa en el conductismo lógico de Wittgenstein⁴³. Uno de los rasgos distintivos del conductismo lógico es la existencia de esta relación lógica o conceptual entre la conducta (o las disposiciones conductuales, o los poderes causales) y la mente que señalan tanto Pardo y Patterson como Hacker y Bennet. El argumento para establecer esta conexión, como hemos visto, parte de las consideraciones de Wittgenstein sobre la imposibilidad de un lenguaje privado: Si no hay criterios públicos de corrección del uso de un lenguaje,

39 M. S. Pardo y D. Patterson, “Fundamentos...”, pág. 43.

40 P. Hacker y M. Bennet, “Fundamentos filosóficos de la neurociencia”, en M. Bennet, P. Hacker, D. Dennet y J. Searle, *La naturaleza de la conciencia. Cerebro, mente y lenguaje*, Ed. Paidós, 2008, pág. 19.

41 P. Hacker y M. Bennet, “Fundamentos filosóficos de la neurociencia”, pág. 31.

42 P. Hacker y M. Bennet, “Fundamentos filosóficos de la neurociencia”, pág. 35.

43 El conductismo lógico no niega necesariamente la existencia de un elemento subjetivo en los estados mentales (al menos, al parecer, Wittgenstein no lo hacía), pero en la medida en que no lo introduce en la definición de los mismos se le presentan algunas paradojas. Así, por ejemplo, tendría que aceptar que un sujeto superespartano que nunca expresara su dolor, ni siquiera en situaciones extremas —por ejemplo, al extraerle una muela sin anestesia— no tendría realmente dolor, y que un actor tan magnífico que pudiera fingir expresiones externas de dolor de engañaran a todos tendría, sin embargo, dolor. Otra objeción importante es que analizar determinados estados mentales nos lleva necesariamente a otros estados mentales, lo que convierte a las definiciones de los conductistas en circulares. Así, por ejemplo, mi creencia de que llueve se manifestará en que yo me llevo un paraguas sólo si tengo también el deseo de no mojarme. Y mi deseo de no mojarme se manifestará en esta conducta de coger el paraguas sólo si tengo la creencia de que el paraguas me mantendrá seco. Véase W. Betchel, *Filosofía de la mente: Una panorámica para la ciencia cognitiva*, Ed. Tecnos, 1991.

éste carece de sentido. Atribuir a un sujeto un estado mental —dolor, por ejemplo— es algo que hacemos porque le vemos actuar de determinada manera. Luego determinada conducta, o cierta disposición a ella, es parte de lo que significa tener un dolor. Frente a este argumento, Searle señala que Hacker y Bennet confunden los criterios de atribución de estados mentales con los estados mentales atribuidos: “La falacia —escribe Searle—, en pocas palabras, reside en confundir las reglas de uso de las palabras con la ontología. Del mismo modo que el antiguo conductismo confundía las pruebas de estados mentales con la ontología de los estados mentales, este conductismo lógico wittgensteniano confunde las bases para hacer la atribución con el hecho que se atribuye. Es una falacia decir que las condiciones para el correcto funcionamiento del juego del lenguaje son condiciones para la existencia del fenómeno en cuestión”⁴⁴. Thomas Nagel hace una objeción similar al conductismo lógico cuando señala que “todas estas estrategias son verificacionistas. Suponen que todo lo que se necesita decir sobre el contenido de un estado mental es lo que verificaría o confirmaría o justificaría su aserción desde el punto de vista de un observador. De una forma u otra reducen los atributos mentales a las condiciones de lo externamente observable con el criterio de que atribuimos estados mentales a los otros”⁴⁵ (Esta misma crítica, por cierto, puede hacerse a los juristas que han sostenido que, para el Derecho, los fenómenos psicológicos no son genuinos hechos empíricos que haya que probar, sino hechos normativos, dado que el Derecho necesita fijar criterios normativos —reglas de presunción— para su atribución⁴⁶).

Con esta reducción de la mente a la conducta, a habilidades o a roles causales, el conductismo (y su heredero sofisticado, el funcionalismo) deja fuera la perspectiva subjetiva o de primera persona, que en opinión de autores como Searle o Nagel es precisamente lo característico de lo mental. El conductismo asume respecto de los estados mentales un punto de vista externo, desplazando el punto de vista interno característico de los estados mentales. Es concebible un estado mental que no se exterioriza en una conducta, pero no lo es un estado mental que no se perciba de una manera característica por el sujeto que lo tiene (esa percepción no tiene por qué ser una sensación; las creencias, por ejemplo, no tienen por qué llevar aparejada una sensación. Pero hay algo que nos hace saber que tenemos una creencia, sin necesidad de observarnos “desde fuera”). Los *qualia*, en definitiva, son negados explícitamente por Hacker y Bennet.

Tampoco otorgan la debida importancia estos autores al hecho de que la neurociencia ha establecido que existe alguna relación causal entre los estados cerebrales y los estados mentales. Por supuesto, no es algo que nieguen. Pero si se toma en serio que el funcionamiento del cerebro es causa de la existencia de las experiencias mentales, entonces la atribución de estados mentales al cerebro o componentes del mismo puede verse como una manera aceptable de hablar, no muy distinta de cuando decimos que el estómago hace la digestión. Se trata sólo de localizar la causa de un proceso, el encargado de una función. No parece haber aquí una falacia grave, ni por ello se está identificando al cerebro con el sujeto, ni se está reduciendo el concepto de estado mental al concepto de estado cerebral (pues un concepto completo de estado mental ha de incluir las “propiedades de lo mental”): No se está diciendo —por ejemplo— que las intenciones son estados cerebrales, sino que son causadas por estados cerebrales. El argumento de Hacker, Bennet, Pardo y Patterson para considerar esta atribución como una falacia es que los estados mentales son conductas o disposiciones a actuar de una u otra manera, por lo que sólo se pueden atribuir a quien puede actuar. Este es un con-

44 J. Searle, “Réplica a Philosophical Foundations of Neuroscience”, en *La naturaleza de la conciencia*, pág. 130.

45 T. Nagel, *Mente y cosmos*, Capítulo II.

46 D. González Lagier, “Buenas razones, malas intenciones”, pág. 59.

cepto que tampoco da cuenta de las propiedades de lo mental. Si se rechaza esta definición reductivista, la acusación de falacia a estas atribuciones cae por sí sola. Pueden a veces resultar extrañas desde el punto de vista del lenguaje común, pero probablemente ello se explique por la carga de dualismo cartesiano que persiste en ese lenguaje.

7. CONCLUSIONES

¿Qué consecuencias tiene todo lo anterior para la posibilidad de aceptar las “neuropruebas”?

a) Como hemos visto, el uso de las técnicas proporcionadas por la neurociencia para la prueba de ciertos hechos relevantes en el proceso (a través de su uso como “detectores de mentiras” o para probar intenciones, conocimientos, emociones, etc) está sujeto no sólo a problemas de fiabilidad y problemas éticos y jurídicos, sino también a cuestiones de hondo calado filosófico, como el de la relación entre mente (nuestros pensamientos) y cuerpo (en este caso, el cerebro). La ciencia tiene necesariamente presupuestos conceptuales que la filosofía debe revisar, por lo que la aceptación y comprensión de las hipótesis científicas debe hacerse teniendo en cuenta precauciones conceptuales que eviten afirmaciones absurdas y sin sentido. Pero, por otro lado, la filosofía no puede darle la espalda a la ciencia, lo que nos compromete con una “naturalización no reductivista” de la filosofía de la mente. Y una de las cosas que parece que la ciencia ha mostrado es la interacción causal entre estados mentales y actividad cerebral. El valor de las “neuropruebas” deriva de esta relación.

2. Las tres objeciones filosóficas que hemos analizado al uso de la neurociencia en el proceso judicial se debilitan una vez que se tienen en cuenta las distintas propuestas de explicación materialista de la mente: a) La objeción de que las neuropruebas presuponen una concepción reduccionista y eliminacionista de la mente (en la que pensamientos, creencias, recuerdos, intenciones, etc. se ven exclusivamente como meros procesos cerebrales), sólo puede dirigirse a ciertas concepciones materialistas (como el materialismo eliminacionista), pero no a todas. En particular, el materialismo emergentista no intenta reducir las propiedades de lo mental a propiedades físicas. b) La objeción de que las “neuropruebas” presuponen que la acción humana está completamente determinada tampoco es aplicable a todos los materialismos. Como he tratado de señalar, hay argumentos abiertos a los distintos tipos de materialismo que todavía permiten rescatar el libre albedrío. En este punto, todavía no se ha dicho la última palabra (y probablemente no sea posible decirla). c) Por lo que respecta a la afirmación de que la neurociencia incurre en una falacia al atribuir al cerebro lo que sólo puede atribuirse a la persona en su conjunto, puede tomarse como una advertencia contra usos inadecuados del lenguaje, pero llevarla más lejos presupone asumir una teoría conductista de la mente, que es en mi opinión una concepción equivocada (y también reduccionista) y no tiene en cuenta que sin actividad cerebral no puede haber vida mental.

3. La lección que podemos extraer del repaso de las teorías de la mente es que la *pertinencia* de las pruebas neurocientíficas requiere (a) una relación entre estados cerebrales y estados mentales, (b) no eliminar uno de los polos (como hace el materialismo eliminacionista); (c) no eliminar las propiedades de lo mental (como hacen muchos reduccionismos, entre ellos el conductismo); (d) una correlación estable entre tipos de estados cerebrales y tipos de estados mentales (lo cual no depende, obviamente, de la teoría, sino que es una cuestión empírica). Creo que el materialismo emergentista puede satisfacer o dar cuenta de estas condiciones y que, por tanto, ésta sería la teoría que mejor sustentaría la validez de las pruebas neurocientíficas.

EL DILEMA DE LA VALORACIÓN PROBATORIA: CRITERIOS Y ESTÁNDARES RELEYENDO A BECCARIA*

Giovanni TUZET

Cercar deesi la verità da tutti gli argomenti e segni,
in fin che l'animo rimanga interamente persuaso.

(Francesco Mario Pagano)

Algunos fragmentos de un ilustre opúsculo, dedicados al proceso penal, escritos por un autor sumamente joven y entremezclados con otros fragmentos dedicados al derecho penal sustantivo, forman un cuerpo de tesis que una gran parte del mundo considera cimientos de la civilización jurídica con referencia al derecho y al proceso penal. Y es algo funesto, no solo como modo de decir, que al día de hoy hayan todavía países en que aquellos que gobiernan las vidas y fortunas de los hombres se muestren obstinadamente sordos ante tales tesis y conquistas.

La obra es obviamente *De los delitos y de las penas* y su autor, Cesare Beccaria¹. No hace falta en estas notas ratificar las razones de su justa fama. Ante todo, el suscripto no es un especialista en el proceso penal, ni en derecho penal sustantivo, ni es un histórico capaz de evocar el contexto de la obra y los caminos de su éxito². Quien escribe se ocupa de la filosofía del derecho y ha elegido a la epistemología jurídica como ámbito peculiar dentro del cual que desarrollar las investigaciones propias. A quien se pregunte a qué refiera la epistemología jurídica, ha de decirse que estudia el razonamiento probatorio y más en general la adquisición de conocimiento en un procedimiento jurisdiccional o en otros procedimientos de naturaleza jurídica. Pues bien, el texto de Beccaria contiene diversas ideas sobre los modos de tratar a los elementos probatorios en un procedimiento penal: y estas ideas serán el objeto de las presentes notas, sin pretensiones de reconstrucción histórica, ni de análisis procesalista, aunque con la intención de delinear acaso brevemente sus perfiles teóricos y discutir sus aspectos problemáticos, haciendo referencia en la medida de lo posible a algunas cuestiones muy vivas en el debate a nosotros contemporáneo.

En particular, nos ocuparemos de la incertidumbre probatoria y de la probabilidad (§ 1), de la valoración de la prueba (§ 2) y de los estándares de prueba (§ 3); concluiremos con el *dilema de la valoración probatoria* (§ 4), que consiste en las dificultades de encontrar una vía intermedia entre la lógica de la libre convicción y la de las pruebas legales.

* Traducción al castellano de Diego Dei Vecchi.

1 Beccaria (1764) que citaremos de la edición referida en la bibliografía, con la sigla DP seguida de los números de página.

2 En una perspectiva histórica véanse, por ejemplo, Tarello (1976: 462-478); Pisani (1998: cap. 1 en particular); Audegean (2010); Dezza (2013: 94-95). Para una confrontación con Filangieri y Pagano, v. Ippolito (2008a) y (2008b).

1. INCERTIDUMBRE Y PROBABILIDAD

Quien posea un mínimo de competencia sabe bien que en un procedimiento jurisdiccional (penal) los juzgadores son llamados a decidir casi siempre en condiciones de incertidumbre, esto es, de incompletitud de la información relevante para la reconstrucción de los hechos y el correcto tratamiento del caso. Se sigue que la dimensión epistémica en que son adoptadas tales decisiones no es, casi nunca, la de la certeza, sino la de la probabilidad³. No solo la decisión final resulta casi siempre afectada por alguna forma de incertidumbre, sino así también las decisiones que se ubican en fases precedentes del iter procedimental (como la decisión de iniciar el procedimiento penal mismo, o la de ordenar una medida cautelar).

Sin embargo, es necesario estar atentos a las consecuencias que se extraen de tales asunciones. Desde la óptica de quien escribe ellas no invalidan el modelo de *proceso informativo* delineado por Beccaria y no abaten la idea de que el fin del razonamiento probatorio es el descubrimiento de la verdad relativa a los hechos objeto de la controversia⁴. Se debe solamente tener conciencia del modo en que un tal descubrimiento resulta con frecuencia difícil y de cómo nuestras convicciones al respecto resultan fallibles – adquiridas, como sucede, en condiciones de incompletitud de la información y con métodos que conllevan casi siempre un margen de error.

Beccaria opone el proceso informativo al *proceso ofensivo* en el que rige de hecho una presunción de culpabilidad y el acusado no goza de las elementares garantías defensivas⁵. A diferencia de este, el proceso informativo no presume la culpabilidad del acusado y está dirigido a la “investigación indiferente del hecho” (DP: 177). Su desenvolvimiento se ve tan favorecido cuan determinadas estén las leyes a aplicar, según el ideal ilustrado, con claridad y precisión. “Donde las leyes son claras y precisas, el oficio de un juez no consiste más que en comprobar un hecho” (DP: 159). Resuelto así el problema de la determinación de la premisa mayor del silogismo judicial – por cómo el modelo es expuesto en un célebre paso del libro⁶ – es en relación a la premisa menor que el buen juez deberá empeñarse. Pero ¿cómo obrar en tal sentido? ¿De qué modo valorar las pruebas disponibles?

2. LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

La oposición desde la cual se suele iniciar la discusión sobre este tema es la concerniente a *libre valoración* y *valoración legal*. Según la primera, se deja al juzgador

3 Véanse, por ejemplo, Carcatterra (2002: 124-128) y Redmayne (1999: 167-168). Por lo demás, son diversas las concepciones de la probabilidad discutidas en literatura y no es ésta la sede para tratarlas. Véanse por ejemplo Besso Marcheis (1991), Goldman (2002) y Redmayne (2003).

4 Nótese que hay diferencia entre el fin del razonamiento probatorio y el fin del proceso o procedimiento en su conjunto. Si el fin de uno es descubrir la verdad, el fin del otro es hacer justicia sobre la base de la verdad verificada. Me permito de remitir a Tuzet (2013a: 93 ss.).

5 “Los indicios para la captura están en poder del juez; para que alguien pruebe su inocencia debe ser antes declarado culpable. Esto es lo que se llama *proceso ofensivo*, y tales son los procesos criminales en casi todos los lugares de la ilustrada Europa del siglo XVIII. El verdadero proceso, el *informativo*, es decir, la investigación indiferente del hecho, lo que manda la razón, acogido en las leyes militares, vigente en el despotismo asiático para casos tranquilos e indiferentes, es muy poco usado en los tribunales europeos” (DP: 177). Cfr. Ferrajoli (2014: 56-57); así como Ippolito (2008b: 65) que recuerda cómo Filangieri y Pagano encuentren la distinción útil en línea de principio pero no más de ello, siendo operativamente pobre.

6 “En todo delito el juez debe hacer un silogismo perfecto: la mayor debe ser la ley general, la menor, la acción conforme o no a la ley, la consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez sea constreñido o quiera hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre” (DP: 121). Poco antes Beccaria afirma que los jueces penales no tienen la autoridad para interpretar las leyes penales, por cuanto no son legisladores (DP: 121). No es necesario subrayar cómo esta tesis resulte insostenible si es verdad que una actividad hermenéutica es siempre necesaria.

un margen de responsabilidad⁷ valorativa en el establecer si y cuánto un determinado elemento probatorio apoya a una cierta reconstrucción de los hechos. Para la segunda, es la ley la que lo establece. En un modelo puro de valoración legal, a cada tipo posible de prueba la ley asocia un determinado valor probatorio y al juez no le queda más que computar el valor de las pruebas presentadas. Históricamente, el derecho común ha conocido la vicisitud de complejos “tarifarios” probatorios —hechos de prueba plena, semipruebas, cuartos de prueba, etc.— que posteriormente han cedido el paso a criterios de libre valoración⁸. Ahora, nótese que libre o legal, la valoración no alcanza para la decisión. Esto así, dado que para extraer una conclusión decisoria de la valoración de las pruebas es necesario un “umbral” o regla de decisión que, frente a los resultados valorativos, diga qué consecuencias jurídicas deben extraerse. El punto es importante en una perspectiva de clarificación analítica: por ejemplo, una norma como la relativa a la duda razonable (ejemplificada en el art. 533 del código de procedimiento penal italiano) no es en sentido estricto un criterio de valoración, sino una regla de decisión. La regla impone pronunciar una sentencia de condena cuando las pruebas no dejan márgenes de duda razonable sobre la culpabilidad del imputado, e impone absolver en caso contrario (de conformidad al art. 530 del mencionado código). Pero en términos teóricos tales consecuencias jurídicas podrían ser extraídas sea de una valoración libre, sea de una legal. Con la primera el juez llegaría a decir que, ejercitando la responsabilidad valorativa propia en mérito a las pruebas presentadas, (no) hay dudas razonables sobre la culpabilidad del imputado y por lo tanto éste (no) debiera ser absuelto. Con la segunda el juez llegaría a decir que, computado en los términos legales el valor conjunto de las pruebas presentadas, (no) hay dudas razonables sobre la culpabilidad del imputado y por lo tanto éste (no) debiera ser absuelto. A diferencia de cuanto sucede en el primer escenario, en el segundo el umbral de duda razonable resultaría de algún modo determinada cuantitativamente por la ley⁹. Pero no desaparecería la diferencia entre criterio de valoración y regla de decisión¹⁰.

En vistas de claridad lingüística y conceptual llamo por tanto “criterios” a las modalidades con las que valorar las pruebas. Y llamo “estándares” a los umbrales para la decisión.

En el dualismo entre criterio de libre valoración o libre convicción (llamado también criterio “moral”) y el criterio legal de la confesión¹¹ o de otras pruebas, Beccaria está de parte del primero (DP: 156-159, 164-173, 201-205) pero no sin pasos en falso. Luigi Ferrajoli¹² ha notado, entre otros, que Beccaria está en contradicción consigo mismo en relación a las semipruebas: por momentos las juzga como absurdas, dado que o se es culpable o se es inocente (DP: 191), por momentos las admite con la distinción entre pruebas perfectas e imperfectas (DP: 157). Es útil detenerse sobre esta última distinción.

Llamo perfectas a las [pruebas] que excluyen la posibilidad de que alguien no sea culpable, llamo imperfectas a las que no la excluyen. Una sola de las primeras es suficiente para la condena, de las segundas se necesitan tantas como basten para formar

7 Hay quien dice “discrecionalidad” (así Taruffo 2007: 1035) pero con frecuencia advierte que no se trata de una forma de arbitrio, estando sometida a vínculos de racionalidad o razonabilidad.

8 Cfr. Padoa-Schioppa (2003: 280 ss.).

9 Podría consistir en un dado valor de probabilidad, o en un umbral numérico alcanzado el cual (computando el valor de las pruebas) quedarían legalmente excluidas las dudas razonables.

10 Entre los hispano-parlantes el punto ha sido claramente expuesto, entre otros, por Ferrer Beltrán (2007), Accatino (2011), Coloma Correa (2012) y Lluch (2012).

11 Recuerdese que en el vértice de las pruebas legales se ubicaba a la confesión, que en consecuencia intentaba ser arrancada a través de cualquier medio, incluida la tortura.

12 Ferrajoli (2005: 136, notas 32 y 34). Así también Ippolito (2008a: 216) y (2008b: 71).

una prueba perfecta, es decir, que de por sí cada una de éstas en particular es posible que alguien no sea culpable, por su convergencia en el mismo sujeto es imposible que no lo sea (DP: 157)¹³.

Beccaria agrega, acerca de la convicción a que llega el juzgador, que “es más fácil sentir la certeza moral de las pruebas que definirla con exactitud. Por eso”, continua, “considero óptima la ley que establece que el juez principal tenga asesores escogidos por sorteo, y no por elección, porque en ese caso es más segura la ignorancia que juzga por sentimientos que la ciencia que juzga por opinión” (DP: 157-159). No se puede no rememorar en este pasaje un célebre *topos* del iluminismo jurídico¹⁴, consistente en la desconfianza frente a los jueces letrados y la confianza en los jueces populares (que Beccaria recomienda determinar por sorteo) en tanto se trata de alcanzar una correcta convicción acerca de los hechos controvertidos. Por cuanto sano es el juicio del hombre común, artificioso es el del jurista. Pero el pasaje amerita dos comentarios más precisos: por un lado, Beccaria parece pensar en el canon de la íntima convicción de los jurados, según el cual es correcto pronunciar sentencia de condena cuando los jurados están íntimamente convencidos; por el otro, evitando su derivación psicologista, habla de una *convicción sobre la base de las pruebas*, no desligada de ellas¹⁵. Lo cual no es, de todos modos, suficiente para salvar la tesis en cuestión. Beccaria, en el pasaje apenas citado, elogia la “ignorancia que juzga por sentimientos” oponiéndola a la “ciencia que juzga por opinión” y dando a entender que resulta más correcta la íntima convicción del jurado o juez popular que el veredicto del juez letrado. La palabra del magistrado es tan docta cuanto contaminada por sutilezas y prejuicios. Mientras el sentimiento del jurado, aun si ignorante, daría en el blanco. Hoy la contraposición suena más bien ingenua y muestra los límites de la ideología iluminista subyacente, en especial si se considera que Beccaria la asocia con la oposición entre el procurar las pruebas (cosa que requeriría una pericia particular) y el juzgarlas (que requeriría simplemente buen sentido).

Si para buscar las pruebas de un delito se requiere habilidad y destreza, si al presentar el resultado se requiere claridad y precisión, para juzgar el resultado del mismo no se precisa más que un simple y ordinario buen sentido, menos falaz que el saber de un juez habituado a querer hallar culpables, y que todo lo reduce a un sistema ficticio prestado por sus estudios. ¡Dichosa la nación en la que las leyes no fuesen una ciencia! Es utilísima la ley conforme a la cual todo hombre debe ser juzgado por sus pares, porque cuando se trata de la libertad y la fortuna de un ciudadano, deben callar los sentimientos que inspiran la desigualdad; y la superioridad con que el hombre afortunado mira al infeliz, y el desdén con que el inferior mira al superior, no pueden influir en este juicio (DP: 159).

Hay, sin más, buenas razones morales y políticas en favor de un *juicio por los pares* (que puede ser defendido como aplicación de principios de libertad y democracia), pero a quien escribe le resulta dudoso que hayan razones epistémicas análogas. La alusión al simple buen sentido parece más bien ingenua y la actual psicología cognitiva demuestra cómo con frecuencia nuestras facultades de juicio caigan en error¹⁶.

Ello significa que la confianza ha de ser puesta en otro sitio, ¿será por tanto, en el juez de profesión? Un comentarista atento y apasionado como Ferrajoli ha considerado

13 “Adviértase que las pruebas imperfectas de las que el reo puede justificarse y no lo haga debidamente se convierten en perfectas” (DP: 157). Este es un punto interesante en materia de “ausencia de pruebas”, sobre el cual me permito remitir a Tuzet (2015).

14 Véase en particular Padoa-Schioppa (1994).

15 Este punto debe ser subrayado dado que con mucha frecuencia el canon de la íntima convicción es reducido a una caricatura psicologista. Cfr., entre otros, Andrés Ibáñez (2007).

16 Considérese aquí suficiente con traer a colación un célebre trabajo: Kahneman, Slovic, Tversky (1982).

oportuno sostener que en Beccaria el modelo del juez como “indiferente investigador de la verdad” (posiblemente rondado por los llamados “asesores”) está viciado por ingenuidades, y que en todo juicio está “siempre presente una cierta dosis de prejuicio”¹⁷. El juez letrado, según este análisis, no resultaría una garantía epistémica muy superior al juez popular. Si además se compara la investigación judicial con la histórica y con la científica, las distorsiones involuntarias producidas en la actividad jurisdiccional por la subjetividad del juez se agravan por tres elementos, según Ferrajoli:

- 1) “el objeto de la investigación judicial suele afectar más en el plano moral y emotivo que los de la investigación histórica y científica”;
- 2) “mientras la historiografía y las ciencias naturales son capaces de autocorrección, al estar destinadas a sucumbir las hipótesis falsas o inadecuadas frente a las refutaciones y críticas de la comunidad de los historiadores y los científicos, no ocurre lo mismo con la jurisdicción” en la medida en que “el juez está realmente *solo*”;
- 3) hay una “deformación profesional específica del juez”, que opera con determinados “filtros jurídicos” y “esquemas interpretativos”¹⁸.

Puede concederse que estas afirmaciones de Ferrajoli sean correctas, pero han de ser ponderadas. En particular, como él mismo advierte: allí donde se ejerza el contradictorio, donde el proceso tenga naturaleza dialéctica, donde haya más de un grado de juicio y donde el veredicto sea colegiado, es implausible sostener que el juez está “realmente *solo*”. Tales características del proceso diluyen las idiosincrasias y los prejuicios individuales¹⁹. Pero aun asumiendo esto, no puede negarse que el juez, individual o colegiado, sigue siendo un sujeto falible.

No obstante ello, Ferrajoli cree que no se debe renunciar a la responsabilidad judicial en materia de valoración probatoria. Una de las razones es que en una lógica inductiva (o de la probabilidad) las pruebas nunca alcanzan. “Ninguna prueba, indicio o conjunto de pruebas y de indicios garantiza inopugnablemente la verdad de la conclusión fáctica. *No existen, en rigor, pruebas suficientes*”²⁰. La otra razón es que la renuncia a la responsabilidad valorativa nos rinde ante la lógica de las pruebas legales. Esto conduce al problema sobre el que se centrará la parte final del presente escrito. Allí donde la convicción es libre, no hay pruebas de por sí suficientes para un determinado pronunciamiento (de condena). Y donde las hubiere, querría decir que no es necesaria la libre convicción y estaremos todavía dentro de la lógica de las pruebas legales. (Obsérvese bien: dentro de su *lógica*, es decir, la de vincular la decisión judicial, incluso en ausencia de expresas provisiones legislativas).

De todos modos, si es correcto lo que hemos expuesto precedentemente, tanto un sistema de libre valoración cuanto un sistema de valoración legal necesita de estándares de prueba como reglas de decisión. Y es esto lo que en efecto sucede, con distintos estándares para distintos procesos (*grosso modo* civiles y penales) elaborados en la praxis jurisprudencial si no los proporciona el legislador.

17 Ferrajoli (2005: 57). Pero precisamente se trata de un *modelo* y, agregaría, de un modelo *normativo* que por tanto prescribe la conducta del buen juez (no un modelo *descriptivo* de la praxis judicial).

18 Ferrajoli (2005: 57-58).

19 En efecto, Ferrajoli (2005: 58-59) agrega que en compensación “las pruebas judiciales pueden presentar, precisamente por su naturaleza “artificial” [por cuanto producidas en el proceso], una mayor autenticidad. El proceso es, por así decirlo, el único caso de “experimento historiográfico”: en él se hace jugar a las fuentes *de vivo*, no sólo porque se reciben directamente, sino también porque son contrastadas entre sí, sometidas a exámenes cruzados y llamadas a reproducir, como en un psicodrama, el suceso juzgado”.

20 Ferrajoli (2005: 135). A esto se agrega la crítica de la probabilidad objetiva, sobre la que nos pronunciaremos luego.

3. LOS ESTÁNDARES PROBATORIOS

El tema de los estándares probatorios está suscitando un creciente y ameritado interés²¹. Pero “estándar de prueba” o “estándar probatorio” es una expresión utilizada ambiguamente, para referirse ya a los criterios de valoración ya a las reglas de decisión²².

En precedencia hemos considerado al estándar penal del más allá de toda duda razonable. Consideremos ahora el discurso en el campo civil, para mayor amplitud: después de que el juez ha valorado las pruebas según su “prudente apreciación” (según el art. 116 del código de procedimiento civil italiano) ¿qué debe hacer? ¿debe pronunciarse en disfavor del demandado solo si tiene certeza de su responsabilidad? ¿puede hacerlo así también ante otra circunstancia? ¿en qué condiciones? ¿si la prueba en favor del actor es “preponderante”? ¿si es “clara y convincente”?

No es extraño que entre los criterios y estándares haya una conexión funcional – tal como sugiere la relación entre “libre valoración” y “libre convicción”. Y los criterios de valoración legal incorporan con frecuencia un estándar de decisión. Pero al nivel del análisis teórico las cosas deben ser distinguidas. Y en relación a los hechos procesales debe verse si la valoración (libre o legal) produce un resultado que satisface o no la regla de decisión.

Los estándares pueden ser, y con frecuencia son, diversos según sea la decisión a que se refieren. En la obra de Beccaria se detecta, en efecto, más de uno, junto a diversas consideraciones sobre el rol de la probabilidad en materia de crímenes y decisiones judiciales. Es preliminar a tales estándares un *teorema probatorio general* que el autor expone en una sección de la obra para nosotros crucial (*Indicios y formas de juicio*).

Cuando las pruebas de un hecho son interdependientes, es decir, cuando los indicios solamente se prueban entre sí, cuanto mayores pruebas se aducen, tanto menor es la probabilidad del hecho, porque las circunstancias que harían fallar las pruebas antecedentes hacen fracasar las subsiguientes. Cuando las pruebas de un hecho dependen todas igualmente de una sola, el número de ellas no acrece o disminuye la probabilidad del mismo, porque todo el valor se concreta en el de la única de la que dependen. Cuando las pruebas son recíprocamente independientes, es decir, cuando los indicios se prueban de otro modo que por sí mismos, cuanto mayores pruebas se aducen, tanto más crece la probabilidad del hecho, porque el fracaso de una prueba no influirá sobre las demás (DP: 157).

No me considero con competencia para juzgar la corrección de la afirmación según la que, cuando las pruebas son dependientes una de la otra, mientras más se agregan menos probable es la hipótesis que se quisiera apoyar. La afirmación habría de ser ponderada a la luz de una teoría determinada de la probabilidad. Mas me parece intuitivo que la probabilidad no se modifique cuando las pruebas dependan de una sola entre ellas, y que en cambio aumente cuando las pruebas son independientes (aun cuando aquí también sería necesario especificar qué teoría de la probabilidad se esté adoptando)²³.

A esto debe agregarse que “la probabilidad de los delitos está en razón inversa de su atrocidad” (DP: 221). Son los delitos más graves los que resultan menos frecuentes. Distinguidos de tal modo los delitos *atrocés* de los *menores*, se los debe tratar diversamente bajo la óptica procesal de la prescripción:

21 Véanse, entre otros, Taruffo (2009: 218-224) y Ferrer Beltrán (2007: 139-152); señalo que estos dos autores están escribiendo un libro dedicado al tema. Véase también, en el ámbito del derecho de la competencia, Maggiolino (2013).

22 La distinción es señalada en particular, en la literatura italiana, por Ubertis (2013: 96-97).

23 Cfr. Haack (2014: cap. 3) para una crítica a las aplicaciones jurídicas del teorema de Bayes; con una visión opuesta, Garbolino (2014).

En los delitos más atroces, puesto que son más raros, debe disminuirse el tiempo de la instrucción, debido a que son mayores las probabilidades de inocencia del reo, y debe aumentarse el término de la prescripción, porque de la sentencia definitiva sobre la inocencia o culpabilidad de un hombre depende la eliminación del atractivo de la impunidad, cuyo daño crece con la atrocidad del delito. Pero en los delitos menores, al disminuir la probabilidad de la inocencia del reo, debe aumentar el tiempo de la instrucción, y al decrecer el daño de la impunidad, debe reducirse el plazo de la prescripción (DP: 223).

En todo caso, pasando por alto las tantas cuestiones que plantean estas palabras²⁴, es conveniente que la pena no se aplique a una gran distancia temporal respecto al crimen. “La pena será tanto más justa y más útil, cuanto más pronta y más próxima sea al delito cometido” (DP: 181). Pero antes del estándar para determinar la culpabilidad y la pena correspondiente puede ser necesaria una valoración de las razones y de las pruebas para ordenar una medida cautelar como la *prisión provisional*. Para Beccaria su justificación está en el impedir la fuga del sujeto o el ocultamiento de las pruebas. “La severidad de la cárcel no debe ser más que la necesaria para impedir la fuga o la ocultación de las pruebas de los delitos” (DP: 181). Se nos permita una breve digresión sobre este tema.

En una perspectiva garantista Ferrajoli juzga ilegítimo el instituto de la prisión provisional y lo discute considerando las razones ofrecidas por Beccaria en su favor²⁵. En una primera movida se enfrenta la cuestión de la naturaleza jurídica del instituto: ¿se trata de una “medida procesal” o de una “medida penal”? Como medida penal sería ilegítima dada la presunción de inocencia, pero esto no valdría si fuere una medida procesal. El argumento de Beccaria parece concebir a la prisión provisional como una medida procesal, lo cual para Ferrajoli constituye un “fraude de etiquetas” dado que la sustancia es la misma a pesar del nombre²⁶. Pero veamos con más detalle las dos justificaciones adoptadas por Beccaria.

El peligro de *obstaculización de las pruebas* no es para Ferrajoli una justificación dado que “una exigencia de esta clase puede verse satisfecha, mejor que por la prisión cautelar, por el simple traslado coactivo del imputado ante el juez, y su detención por el tiempo estrictamente necesario – horas o al máximo días pero no años – para interrogarlo en una audiencia preliminar o en un incidente probatorio y quizás para realizar las primeras comprobaciones acerca de sus disculpas”²⁷. A tal punto, sostiene Ferrajoli, la posibilidad de obstaculizar las pruebas estaría enormemente reducida si no excluida.

Sobre la segunda justificación adoptada por Beccaria, el *peligro de fuga* del sujeto, Ferrajoli sostiene que tal peligro “está provocado predominantemente, más que por el temor a la pena, por el miedo a la prisión preventiva. Si el imputado no estuviera ante esta perspectiva, tendría, por el contrario, al menos hasta la víspera de la condena, el máximo interés en no escapar y defenderse”²⁸. Como argumento histórico-social Ferrajoli agrega que “es muy difícil, en una sociedad informatizada e internacionalmente integrada como la actual, una fuga definitiva”²⁹, lo cual es verdad en parte. En efecto,

24 Una es que, como me hace notar Dario Ippolito (a quien agradezco), Beccaria parece confundir improbabilidad del delito e improbabilidad de la culpabilidad del acusado. Cfr. DP: 90-91.

25 Ferrajoli (2005: 551 ss.). Para una discusión más técnica véase al menos Grevi (2012).

26 Ferrajoli (2005: 556).

27 Ferrajoli (2005: 557). Sin embargo, puede dudarse de que algo por el estilo sea posible en los procesos de alta complejidad fáctica y en aquellos en que están involucradas organizaciones criminales.

28 Ferrajoli (2005: 558). Parece, sin embargo, que esta objeción presupone la introyección de los principios de civilidad jurídica por parte de los criminales – los cuales lamentablemente existen (estando fuera de dudas la existencia de crímenes y no pudiendo éstos materializarse sin aquellos) y lamentablemente actúan a pesar de tales principios.

29 Ferrajoli (2005: 559).

aunque es verdad que no es fácil esconderse del todo, es verdad por lo demás que los modos de trasladarse y de hacerlo velozmente son muchos, muchos más que en el pasado. Y que están a la mano de cualquiera, en especial si provisto de bienes y amistades. De todos modos, continúa Ferrajoli, “la fuga decidida por el imputado, al obligarle a la clandestinidad y a un estado de permanente inseguridad, es ya de por sí, normalmente, una pena gravísima”; y mas aún, “cuando la fuga hiciera perder la pista del imputado se habría conseguido en la mayor parte de los casos el efecto de neutralizarlo, dando así satisfacción a los fines preventivos del derecho penal”³⁰. Esto último es probablemente verdad desde una perspectiva preventivo especial (si bien que el sujeto podría delinquir en otro sitio y no quedaría excluido a priori todo efecto de su ulterior actividad criminal sobre el país desde el cual ha huido); pero el discurso es bien distinto en una lógica preventivo general. En fin, Ferrajoli observa que “el peligro de fuga es directamente proporcional a la severidad de las penas”³¹. Esto nos reenvía a uno de los principios clave de la obra de Beccaria.

En efecto, regresando a nuestro problema, la prisión preventiva tiene un estándar probatorio propio que Beccaria considera necesario regular legalmente sobre la base de la relación de proporción inversa entre la *gravedad* de las penas y los *indicios* suficientes para la detención.

A medida que se moderen las penas, que se eliminen de las cárceles la miseria y el hambre, que la compasión y la humanidad pasen a través de los barrotes, imponiéndose a los inexorables y endurecidos ministros de la justicia, las leyes podrán contentarse con indicios cada vez más débiles para fundar la captura (DP: 217).

Un estándar tal es seguramente inferior al requerido para el juicio final de culpabilidad. A este propósito recuérdese que un juicio tal es (casi) siempre pronunciado en condiciones de incompletitud de la información, de relativa incertidumbre y de probabilidad. Observa entonces Beccaria que puede parecer contradictorio hablar de *probabilidad* cuando para condenar se requiere *certeza*.

Mas se desvanecerá la paradoja para el que considere que en rigor la certeza moral no es más que una probabilidad, pero probabilidad tal que es llamada certeza, porque todo hombre de buen sentido la acepta necesariamente en virtud de una costumbre nacida de la necesidad de obrar, y anterior a toda especulación; la certidumbre requerida para declarar a un hombre culpable es pues la misma que determina a todo hombre en las operaciones más importantes de la vida (DP: 157).

Todavía una vez más, la alusión al buen juicio no resulta muy iluminadora. Pero aquí Beccaria agrega un elemento interesante: el nivel de “certeza” requerido a cada uno de nosotros para actuar en las circunstancias más importantes de la vida. Esto sería el nivel de probabilidad apto para adoptar una decisión tan grave como la condena de un hombre. Y se trata, de hecho, de una de las maneras en que la jurisprudencia americana, especialmente, ha intentado explicar el estándar penal de la duda razonable: es razonable la duda que nos detiene en las circunstancias más importantes de la vida; mientras que no es tal aquella que no detiene nuestro actuar³². Aunque tratándose de contextos lejanos y diferentes, es interesante notar cómo este modo de entender al estándar resulta afín a una concepción pragmatista de la duda y de la creencia³³: especialmente en Peirce y en Ramsey, lo que mide la intensidad de una duda o de una creen-

30 Ferrajoli (2005: 559).

31 Ferrajoli (2005: 559).

32 Véase la reconstrucción de Laudan (2003), que por lo demás es muy crítico hacia esta y otras maneras de determinar el contenido del estándar. Para Laudan él resulta irremediable y gravemente indeterminado.

33 Me permito la remisión a Tuzet (2013b) y (2014).

cia es su capacidad para influir en nuestra conducta, deteniéndola o determinándola. No es posible extenderse sobre esto en esta sede, nótese sin embargo que, si por un lado una concepción tal parece sumamente promisoría para la conceptualización de las relaciones entre nuestros estados mentales y nuestra conducta, por la otra parte ella entraña una excesiva simplificación, al no tener en cuenta la extrema variedad de las situaciones de la vida y el rol que en ellas tienen nuestros deseos. Más allá de las dudas y las creencias, lo que determina nuestro actuar intencional son de hechos los deseos que nos proponemos satisfacer. Ahora, el problema que se plantea en esta sede es que también (o quizás principalmente) en circunstancias importantes de la vida la urgencia de un deseo puede modificar el umbral de duda susceptible de detener una acción: en circunstancias donde sería apropiado abstenerse de una cierta conducta dado un deseo de una cierta intensidad, al aumentar el deseo se reduciría el estándar de duda razonable. En efecto, por la intensidad de un deseo o por la urgencia de las circunstancias adoptamos con frecuencia decisiones imprudentes o emprendemos acciones de las cuales nos abstendríamos en circunstancias diversas. Traduciendo esto en términos jurídicos, querría decir que el umbral de la duda razonable dependería en definitiva de la intensidad con la que el decisor desea ciertos resultados. En el peor de los escenarios para un garantista, el fuerte deseo de punir a los criminales haría bajar el umbral de probabilidad para la condena, aceptando acaso inconscientemente una mayor tasa de inocentes condenados como *trade-off* a una menor tasa de culpables absueltos.

En fin, siempre en materia de estándares, ha de señalarse que en un punto de la obra Beccaria sugiere un estándar intermedio que, aunque no siendo suficiente para determinar un pronunciamiento de condena, determinaría una consecuencia sin más punitiva para el acusado de un delito grave: es la idea del *destierro* como consecuencia por la alta probabilidad de culpabilidad aun sin “certeza moral” de ésta (DP: 193)³⁴.

4. EL DILEMA DE LA VALORACIÓN

Pensemos en un caso en el que el mismo conjunto de pruebas es juzgado insuficiente para la condena penal en una primera instancia y es juzgado como suficiente en una segunda; e imaginemos que en una tercera instancia el juez afirme que ambas decisiones están justificadas a la luz de la libre valoración de las pruebas³⁵. Podría sostenerse que esto es un modo de decidir arbitrariamente, que vacía las ideas de racionalidad de la decisión y de presunción de inocencia.

Dado que una cosa son las pruebas como elementos de juicio y otra son las pruebas como resultado de la valoración³⁶, ¿es admisible que el mismo conjunto de elementos conduzca mediante la libre valoración a decisiones opuestas pero igualmente justificadas? Suena extraño, pero considérese que negarlo conduce a una lógica de prueba legal (aun si en ausencia de pruebas legales en sentido estricto, o sea legislativamente determinadas): se pretendería, de tal modo, que un determinado conjunto de elementos obligue al juez a un determinado resultado. Este es, en síntesis, el *dilema de la valoración*: o se acepta que la libre valoración justifique resultados opuestos, pero entonces

34 En el debate actual cfr. Laudan (2010), que propone un sistema de cuatro veredictos (en lugar de dos) para tornar mayormente informativa a la decisión final, con diversas consecuencias jurídicas: culpable, probablemente culpable, probablemente inocente, inocente.

35 El ejemplo no es escolástico. En diversas ocasiones he escuchado a Jordi Ferrer hacer referencia a un caso español de este tipo. Señalo que una manera de resolver el problema es requerir un suplemento argumentativo para la decisión de segunda instancia; de hecho, la calidad de la argumentación es un criterio para vincular a la libre convicción (aunque es un criterio todavía alejado de la objetividad).

36 Remito a Taruffo (2007: 1018).

no se comprende qué racionalidad se habría ejercido; o se rechaza que justifique tales resultados, pero entonces se está obligados a aceptar una lógica de prueba legal.

El dilema, sin ser así llamado, emerge con meridiana claridad de la obra de Ferrajoli. Asumiendo que el razonamiento judicial es inductivo por la ausencia de certeza ya señalada³⁷, según Ferrajoli “la fórmula de la libre convicción no cierra sino que abre el problema de la identificación de las condiciones probatorias que justifican la convicción”³⁸. La libertad de la convicción no está en su dimensión discrecional, dice Ferrajoli, sino en el rechazo de las pruebas legales³⁹. Por tanto, el mero convencimiento no basta para justificar una condena (si así fuere se caería en el psicologismo de la íntima convicción); para Ferrajoli es necesaria además la confirmación probatoria en apoyo de la convicción⁴⁰.

Desterradas en este escenario las pruebas legales positivas (aquellas que imponen, a un determinado estándar, una sentencia de condena), podemos preguntarnos acerca de la legitimidad de las pruebas legales negativas (aquellas cuya ausencia impone al juez tener como no probada la hipótesis acusatoria).

Las pruebas legales positivas son en realidad aquellas en presencia de las cuales la ley prescribe al juez que considere *probada* la hipótesis acusatoria aunque tal “prueba” contraste con su convicción; las pruebas legales negativas son, en cambio, aquellas en ausencia de las cuales la ley prescribe al juez que considere *no probada* la misma hipótesis aunque tal “no prueba” contraste con su convicción. Donde las pruebas del primer tipo son, por ello, *suficientes* para justificar la aceptación de la verdad de la hipótesis acusatoria, en cambio, las del segundo son sólo *necesarias* para el mismo fin; mientras la presencia de las primeras hace obligatoria la condena la presencia de las segundas simplemente la permite, a la vez que, en su ausencia, se mantiene firme la obligación de la absolución⁴¹.

La diferencia es procesalmente significativa. Pero según Ferrajoli, incluso si son una garantía para el imputado, las pruebas legales negativas sufren de los mismos defectos epistemológicos que las positivas, esto es, el no ser confirmaciones conclusivas ni de la hipótesis acusatoria ni de su negación⁴².

En suma, la crítica general de Ferrajoli a las pruebas legales (sean positivas o negativas) es que “no existe ningún criterio, formulable en vía general y abstracta, para establecer el grado *objetivo* de probabilidad de una hipótesis respecto de un tipo de prueba”⁴³. Si no es posible una valoración objetiva tal, es en todo caso posible desde su punto de vista una valoración subjetiva de la probabilidad. Y es precisamente en tal valoración subjetiva que se revela, si no se malinterpreta su discurso, la lógica de la libre valoración y de la libre convicción⁴⁴.

37 “Históricamente, se puede decir, es la metodología de la investigación empírica la que se modela sobre la inducción judicial – y no a la inversa – a través de la configuración de la técnica de la disputa mediante prueba y error, elaborada para las controversias jurídicas, como la lógica o teoría general de la investigación inductiva” (Ferrajoli 2005: 137). Quien escribe prefiere hablar de *razonamiento abductivo* (véase Tuzet 2006).

38 Ferrajoli (2005: 140).

39 Ferrajoli (2005: 139). Otros dicen, análogamente, que es libertad de hipótesis de prueba legal y no de las reglas de la racionalidad (así, en particular Taruffo 2009: 161).

40 Ferrajoli (2005: 149).

41 Ferrajoli (2005: 147-148).

42 Ferrajoli (2005: 148-149).

43 Ferrajoli (2005: 148). Nótese que la “probabilidad lógica” de que habla la jurisprudencia italiana sobre la base de la sentencia “Franzese” de la Cassazione (Sez. un. penali n. 30328/2002) no tiene el carácter objetivo de la “probabilidad estadística”, y que por tal jurisprudencia es la primera y no la segunda la que resulta decisiva para el juicio.

44 Agréguese que la libre convicción “mientras que puede superar las pruebas (necesarias pero no suficientes para justificar la condena), no puede superar las contrapruebas (suficientes pero no necesarias para justificar la absolución)” (Ferrajoli 2005: 151).

Por esta razón, como ya se dijo, Ferrajoli sostiene que en rigor no existen pruebas suficientes para pronunciación de condena:

he reformulado la relación entre *pruebas* y *convicción* de culpabilidad, considerando a las primeras como condiciones necesarias pero nunca suficientes por sí solas para justificar la segunda, que, en este sentido (pero sólo en este sentido), puede por tanto ser reputada “libre”⁴⁵.

El rechazo de pruebas suficientes para condena depende por tanto de la lógica de la libre convicción, aun cuando ésta no deba ser entendida como libre de reglas epistémicas y procesales – “mientras en el proceso acusatorio la valoración es libre pero el método de obtención de la prueba está vinculado, en el proceso inquisitivo la valoración de la prueba está vinculada pero es libre su método de formación”⁴⁶.

El problema no es nuevo, si se considera que es un modo de responder a la controversia secular sobre la decisión a conciencia o según pruebas, y que después de Beccaria, sea Filangieri, sea Pagano, nos ponen en guardia contra los peligros subjetivistas de la libre convicción⁴⁷. La solución de Filangieri adoptada por Pagano es que para condenar resultan necesarias y conjuntamente suficientes la certeza moral y la prueba legal. Los dos divergen en cambio sobre las condiciones para absolver: según el primero, la ausencia de ambas condiciones (certeza moral y prueba legal) debe determinar la absolución, mientras que la presencia de una sola entre ellas debe producir un juicio de *non liquet* dejando en suspenso la cuestión sin privar al imputado de su libertad: para el segundo autor, la ausencia de una de las dos condiciones es suficiente para absolver.

Ahora bien, este complejo discurso arroja una sombra de dudas sobre la idea de que puedan establecerse estándares probatorios o umbrales de prueba suficientes para una decisión condenatoria⁴⁸. No a menos que se aclare que la satisfacción de tal umbral depende de una valoración libre y que el mismo conjunto de elementos probatorios puede ser legítimamente valorado de diversos modos, que en ocasiones justifican la satisfacción del umbral, y en ocasiones no. Si en cambio no se está dispuestos a aceptar una tal divergencia de resultados valorativos, no se ve cómo se pueda escapar a una lógica de prueba legal, aun si presentada bajo las vestiduras de los estándares probatorios.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, D. (2011), *Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. 37, pp. 483-511.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (2007), *Sobre prueba y motivación*, Jueces para la democracia, n. 59, pp. 80-94.
- AUDEGEAN, P. (2010), *La philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Vrin, Paris.
- BECCARIA, C. (1764), *De los delitos y de las penas*, prefacio de Piero Calamandrei, edición bilingüe al cuidado de Perfecto Andrés Ibañez, texto italiano establecido por Gianni Francioni, 2011, Trotta, Madrid.
- BESSO MARCHEIS, C. (1991), *Probabilità e prova. Considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, vol. 45, pp. 1119-1163.
- CARCATERRA, G. (2002), *Indizi di norme*, Sociologia del diritto, vol. 29, pp. 123-139.
- COLOMA CORREA, R. (2012), *¿Realmente importa la sana crítica?*, Revista Chilena de Derecho, vol. 39, n. 3, pp. 753-781.
- DEZZA, E. (2013), *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia University Press, Pavia.

45 Ferrajoli (2005: 611).

46 Ferrajoli (2005: 612).

47 Utilizo la reconstrucción histórica de Ippolito (2008b: 72-75).

48 Como en cambio parece admitir Ferrer Beltrán (2007: 19, 146-147).

- FERRAJOLI, L. (2005), *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, L. (2014), *La actualidad del pensamiento de Cesare Beccaria*, Jueces para la democracia, n. 79, pp. 51-63.
- FERRER BELTRÁN, J. (2007), *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.
- GARBOLINO, P. (2014), *Probabilità e logica della prova*, Giuffrè, Milano.
- GOLDMAN, A. (2002), *Quasi-Objective Bayesianism and Legal Evidence*, *Jurimetrics*, vol. 42, pp. 237-260.
- GREVI, V. (2012), *Misure cautelari*, en G. Conso, V. Grevi y M. Bargis (al cuidado de), *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, pp. 393-492.
- HAACK, S. (2014), *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law*, Cambridge University Press, Cambridge.
- IPPOLITO, D. (2008a), *Mario Pagano. Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, Giappichelli, Torino.
- IPPOLITO, D. (2008b), *Pensamiento jurídico ilustrado y proceso penal: la teoría de las pruebas judiciales en Gaetano Filangieri y Mario Pagano*, *Jueces para la democracia*, n. 61, pp. 61-75.
- KAHNEMAN, D., SLOVIC, P., TVERSKY, A. (al cuidado de) (1982), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, Cambridge.
- LAUDAN, L. (2003), *Is Reasonable Doubt Reasonable?*, *Legal Theory*, vol. 9, pp. 295-331.
- LAUDAN, L. (2010), *Need Verdicts Come in Pairs?*, *The International Journal of Evidence and Proof*, vol. 14, pp. 1-24.
- LLUCH, X. (2012), *La dosis de prueba: entre el common law y el civil law*, *Doxa*, n. 35, pp. 173-200.
- MAGGIOLINO, M. (2013), *Standard probatori: alcuni spunti di riflessione per e da il diritto della concorrenza*, *Giurisprudenza commerciale*, vol. 40, pp. 51-107.
- PADOA-SCHIOPPA, A. (1994), *La giuria penale in Francia*, LED, Milano.
- PADOA-SCHIOPPA, A. (2003), *Italia ed Europa nella storia del diritto*, il Mulino, Bologna.
- PISANI, M. (1998), *Attualità di Cesare Beccaria*, Giuffrè, Milano.
- REDMAYNE, M. (1999), *Standards of Proof in Civil Litigation*, *The Modern Law Review*, vol. 62, pp. 167-195.
- REDMAYNE, M. (2003), *Objective Probability and the Assessment of Evidence*, *Law, Probability and Risk*, vol. 2, pp. 275-94.
- TARELLO, G. (1976), *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna.
- TARUFFO, M. (2007), voz *Prova giuridica*, *Enciclopedia del diritto*, Annali I, Giuffrè, Milano, pp. 1016-1037.
- TARUFFO, M. (2009), *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari.
- TUZET, G. (2006), *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, Giappichelli, Torino.
- TUZET, G. (2013a), *Filosofia della prova giuridica*, Giappichelli, Torino.
- TUZET, G. (2013b), *Dubbi e ragioni*, *Cassazione penale*, vol. LIII, pp. 3316-3326.
- TUZET, G. (2014), *Possiamo dubitare di dubitare?*, *Epistemologia*, vol. XXXVII, pp. 255-261.
- TUZET, G. (2015), *On the Absence of Evidence*, en T. Bustamante, C. Dahlman (al cuidado de), *Argumentation Types and Fallacies in Legal Argumentation*, Springer, Dordrecht, pp. 37-51.
- UBERTIS, G. (2013), *Sistema di procedura penale. I. Principi generali*, tercera ed., Utet, Torino.

EL DERECHO AL ABORTO EN EUROPA: LAS RAZONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN *A, B Y C V. IRLANDA*

Silvina ÁLVAREZ

La última sentencia del TEDH en materia de aborto (*Grand Chamber, Application n. 25579/05*, 16 de diciembre 2010), fija los límites para la interpretación de los derechos reproductivos de las mujeres en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dichos límites se establecen en relación con las convicciones morales de la sociedad de referencia, es decir, del conjunto de ciudadanos del Estado demandado. Al decidir el presente caso sobre el aborto en Irlanda, el TEDH hace referencia expresa a la situación en el resto de países del entorno europeo, a pesar de lo cual la sentencia no vincula su decisión a dicha situación, es decir a la existencia de un consenso europeo sobre aborto. Aunque los argumentos de la sentencia no siempre resultan transparentes, la decisión final, como veremos, estaría indicando que no basta la existencia de consenso para oponerse a la regulación irlandesa en materia de aborto, y que haría falta ahondar en el alcance de los derechos comprometidos —tarea que, sin embargo, el Tribunal prefiere no emprender.

A, B y C v. IRLANDA

A, B y C v. Irlanda reúne las demandas de tres mujeres que, cada una en circunstancias distintas pero bajo el mismo marco regulador de la legislación irlandesa en materia de aborto, demandan al Estado por violación de varios artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La primera de las demandantes, A, viajó a Inglaterra el 28 de febrero de 2005 para realizar un aborto. En ese momento, como se afirma en la sentencia, “[A] estaba embarazada de 9 semanas y media [...] no estaba casada, no tenía trabajo y vivía en la pobreza. Tenía cuatro hijos pequeños. El más pequeño era discapacitado y todos los niños estaban en instituciones de acogida (*foster care*) como resultado de los problemas que la madre había padecido como alcohólica. Tenía antecedentes de depresión durante sus primeros cuatro embarazos y estaba luchando contra la depresión en el momento de su quinto embarazo. Durante el año anterior a su quinto embarazo, había estado sobria y en permanente contacto con los trabajadores sociales con vistas a recuperar la custodia de sus hijos. Consideraba que otro niño en ese momento de su vida (con el previsible riesgo de depresión post-parto y riesgo de reincidir en el alcoholismo) podría amenazar su salud así como la reunificación familiar. Decidió viajar a Inglaterra para realizar un aborto” (párrafos 13-14 de la sentencia —en adelante §13-14). Tras solicitar un préstamo viajó en secreto, sin alertar a los servicios sociales sobre dicho viaje.

La segunda demandante, B, viajó a Inglaterra el 17 de enero de 2005 para realizar un aborto. “[B] estaba embarazada de 7 semanas [...] Estaba convencida de su decisión de viajar a Inglaterra para un aborto dado que no podía cuidar ella sola de un niño en ese momento de su vida [...] Tuvo dificultades para hacer frente a los costes del viaje [...]A

su regreso a Irlanda comenzó a observar pérdidas sanguíneas y, dos semanas después, insegura sobre la legalidad de su viaje para realizar un aborto, buscó consejo médico en una clínica de Dublín afiliada a la clínica inglesa” (§18-21).

La tercera demandante, C, viajó a Inglaterra el 3 de marzo de 2005 para realizar un aborto. “Con anterioridad, había estado en tratamiento durante 3 años con quimioterapia debido a una forma poco común de cáncer” (§ 23). Cuando de manera no deseada quedó embarazada, consultó con sus médicos y “alegó que, como resultado de los severos efectos del marco legal irlandés, recibió una información insuficiente sobre el impacto del embarazo sobre su salud y su vida así como sobre el impacto de su enfermedad sobre el feto [...] Dada la incertidumbre sobre los riesgos, la tercera demandante viajó a Inglaterra para un aborto (§ 24-25).”

El marco legal irlandés en materia de aborto lo proporciona la propia Constitución irlandesa. Después de las enmiendas introducidas en 1983 (enmienda 8) y en 1992 (enmiendas 13 y 14) el artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa quedó configurado con la siguiente redacción:

“El Estado reconoce el derecho a la vida del no nacido y, con la debida consideración al mismo derecho a la vida de la madre, garantiza en sus leyes el respeto y, en la medida de lo posible, la defensa y vindicación de dicho derecho a través de sus leyes.

Lo establecido en este apartado no limitará la libertad de viajar desde el Estado a otro Estado.

Lo establecido en este apartado no limitará la libertad para obtener o proporcionar, dentro del Estado, sujeto a las condiciones que sean establecidas por ley, información relativa a servicios legalmente disponibles en otro Estado”.

En cuanto a la legislación penal vigente en materia de aborto al momento de los hechos que dan lugar a la sentencia, cabe resaltar que la sanción prevista para la mujer o quien la asistiese para realizar un aborto era la cadena perpetua (*section 58, Offences Against the Person Act 1861*).¹

En el ámbito jurisprudencial irlandés, dos son las sentencias que abrieron la posibilidad de aborto en caso de serio riesgo para la vida de la mujer; se trata de los conocidos como “caso X”² y “caso C”,³ protagonizados por menores de catorce y trece años, respectivamente, que quedaron embarazadas como consecuencia de sendas violaciones. En el primer caso, y después de haberse verificado que existía el riesgo que la menor se suicidase si no se le permitía realizar un aborto —es decir que se trataba de una situación de riesgo para la vida de la menor—, el Tribunal Supremo irlandés resolvió en 1992 que en tales circunstancias el aborto era legal en Irlanda, ya que respondía a la necesidad de salvaguardar la vida de la mujer embarazada (§ 37-44). Años más tarde, en 1998, siguiendo este antecedente jurisprudencial, el Alto Tribunal (*High Court*)⁴ resolvió de manera análoga el segundo de los casos mencionados (§ 95-96).

1 Como consecuencia de la sentencia del TEDH —y sumado a la muerte por septicemia de una paciente embarazada que en 2012 fue ingresada en un hospital irlandés con una hemorragia, negándose los médicos a realizarle un aborto por encontrarse vivo el feto—, una nueva normativa legal —Ley sobre la protección de la vida durante el embarazo—, ha sido recientemente aprobada en Irlanda —en julio de 2013—, que contempla tres casos en los que se permite abortar —por riesgo de vida debido a enfermedad física, por riesgo de vida debido a una emergencia médica y en los casos en que la vida esté en riesgo por posibilidad de suicidio—. No se contempla el aborto en casos de violación ni de anomalías fetales. Asimismo, la legislación penal ha sido revisada, fijándose penas máximas de 14 años de prisión por el delito de “destrucción de la vida humana del no nacido”, tanto para la mujer como para quien la asista.

2 *Attorney General v. X and Others* [1992] 1 IR 1.

3 *A and B v. Eastern Health Board, Judge Mary Fahy and C, and the Attorney General (notice party)*, [1998] 1 IR 464.

4 Se utiliza aquí la traducción literal, ya que en razón de sus competencias (funciona como primera instancia en una serie de materias penales y civiles de especial relevancia, así como en cuestiones de revisión constitucional) resulta difícil asimilar este Tribunal a una figura análoga en los sistemas jurídicos continentales.

Con este marco legal y una jurisprudencia que con extrema cautela ha reconocido el derecho al aborto estrictamente en casos de riesgo para la vida de la mujer, el contexto jurídico irlandés sobre aborto resulta fuertemente restrictivo en materia de derechos reproductivos de las mujeres,⁵ como ponen de manifiesto las circunstancias en que tienen lugar los hechos objeto del recurso interpuesto por A, B y C ante el TEDH. En relación con tales hechos, cabe distinguir las distintas motivaciones de las demandantes para recurrir al aborto, tal como precisa la sentencia:

“El Tribunal considera que la primera demandante viajó para realizar un aborto por razones de salud y bienestar, la segunda demandante lo hizo por razones de bienestar y la tercera demandante lo hizo principalmente porque temía que su embarazo constituyese un riesgo para su vida. Mientras el Gobierno utiliza la terminología “razones sociales”, el Tribunal ha considerado útil distinguir entre razones de salud (física y mental) y otras razones relativas al bienestar, para describir por qué las demandantes optan por la realización de un aborto” (§ 125).

En relación con el “impacto psicológico” del viaje al extranjero para realizar un aborto, el Tribunal considera que se trata de un aspecto subjetivo difícil de establecer mediante pruebas objetivas, aunque cree razonable aceptar que “cada una de las demandantes sintió el peso de un estigma considerable antes, durante y después de realizados los abortos: viajaron al extranjero para realizar algo que, en los términos del propio Gobierno, iba en contra de los profundos valores morales de la mayoría del pueblo irlandés y que era (...) o (...) había sido un delito grave en su propio país punible con cadena perpetua.”⁶ (§ 126)

Los artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuya violación alegan las demandantes son: demandantes A y B, Art. 3 (trato inhumano o degradante), Art. 8 (intimidad), Art. 13 (recurso efectivo) y Art. 14 (no discriminación); demandante C, Art. 2 (vida), 3, 8, 13 y 14.

Conviene recordar aquí la redacción del art. 8, sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar, en torno al cual gira la argumentación de la sentencia:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

En relación con el art. 8, el Tribunal entiende que “la noción de ‘vida privada’ [...] es un concepto amplio que comprende, *inter alia*, el derecho a la autonomía personal y al desarrollo personal (...). Comprende cuestiones tales como la identidad de género, la orientación sexual y la vida sexual (...) así como las decisiones relativas tanto a tener como a no tener hijos o a ser padres genéticos (...).” (§ 212)

A continuación el Tribunal admite que la legislación que regula la interrupción del embarazo interfiere con la vida privada de la mujer, aunque agrega que “siempre que una mujer

5 Otros documentos importantes en relación con el aborto en Irlanda son: *Crisis Pregnancy Agency (“CPA”) Order 2001 (77-79)*; *Parliamentary Assembly of the Council of Europe (“PACE”) Recommendation 1903(2010) (107-108)*; así como los Informes de Organismos de Naciones Unidas sobre las condiciones altamente restrictivas para la obtención de un aborto legal en Irlanda (109-111).

6 Se analizarán más adelante otras consideraciones importantes de la sentencia en relación con los aspectos económicos —“financial burden” (§ 128)—, y la información disponible —“lack of framework about which information would be available” (§ 129).

está embarazada su vida privada pasa a estar íntimamente conectada con el desarrollo del feto” y que por tanto se produce un conflicto entre el derecho de la mujer a su vida privada y otros derechos o libertades incluidos los del no nacido (§ 213) —la aclaración, sin embargo, resulta sumamente imprecisa en relación con el estatus del “no nacido”.

Así, una vez que ha reconocido que sí existe interferencia con la vida privada de la mujer, el Tribunal pasa a considerar si dicha interferencia puede considerarse injustificada en los términos del art. 8, es decir, tendrá que evaluar si se ha establecido “de acuerdo con la ley” y si es “necesaria en una sociedad democrática” para alcanzar alguno de los “objetivos legítimos” especificados en dicho artículo.

Respecto de la previsión legal, el Tribunal no tiene dudas en cuanto a que en los casos de las demandantes A y B existía una clara prohibición legal de abortar que surge tanto de lo establecido en el art. 40.3.3 de la Constitución irlandesa como de lo fijado en los arts. 58 y 59 de la ley 1861.

Respecto de los fines legítimos que puedan justificar la interferencia con el derecho a la intimidad, y de conformidad con el art. 8 antes transcrito, dichos fines estarían dados por las exigencias morales de los irlandeses considerados como pueblo.⁷ Para calibrar la necesidad de dicha restricción en una sociedad democrática, el Tribunal apela a la doctrina del margen de apreciación.⁸

PRIMER NUDO ARGUMENTAL DE LA SENTENCIA: EL MARGEN DE APRECIACIÓN

La primera cuestión que el Tribunal debe despejar es la relativa a si un Estado firmante del Convenio tiene la capacidad para decidir unilateralmente sobre la cuestión planteada —el derecho a abortar de las mujeres—, si existe algún límite a dicha decisión y, en su caso, cuál es dicho límite. Asimismo, dadas las distintas circunstancias en que se producen los casos de las tres demandantes, el Tribunal se ocupa en primer lugar de los casos de A y B, para ocuparse más adelante de C, ya que las conclusiones serán distintas en uno y otro caso.

El Tribunal empieza por fijar un criterio que entiende es un límite claro al margen de apreciación permitido a los Estados: éstos verán restringido su margen de apreciación en relación con cuestiones que afecten “algún aspecto de la existencia o identidad del individuo” (§ 232). Pero este límite o restricción se desvanece, según el Tribunal, cuando “no haya consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa, bien en relación con la importancia del interés en cuestión, bien en relación con el mejor modo de protegerlo, particularmente cuando el caso presente aspectos morales o éticos de especial sensibilidad” (§ 232).

Dado que los Estados nacionales son los que se encuentran en mejores condiciones para captar esa sensibilidad moral de los pueblos, “un amplio margen de apreciación es por tanto y en principio otorgado al Estado de Irlanda para determinar la cuestión sobre si se ha producido un equilibrio equitativo entre la protección del interés público,[...], y los derechos en conflicto de la primera y segunda demandante de respetar su vida privada en los términos del Artículo 8 del Convenio.” (§ 233)

Sin embargo, como había ya mencionado anteriormente, el Tribunal admite que hay que analizar primero si existe algún consenso particular entre los Estados sobre cómo

7 Ver párrafos 224 y 227 de la sentencia.

8 Ver párrafo 231 de la sentencia.

resolver dicho conflicto, consenso que pueda servir de contrapeso al margen de apreciación, en este caso de Irlanda. Como afirma el propio Tribunal “el consenso ha sido invocado para justificar una interpretación dinámica del Convenio [...]” (§ 234). Y aquí el TEDH realiza una afirmación que parece concluyente en su argumentación:

“En el presente caso, y contrariamente a lo alegado por el Gobierno [de Irlanda], el Tribunal considera que hay un consenso entre una mayoría sustancial de los Estados contratantes del Consejo de Europa hacia la permisión del aborto en unos términos que son más amplios que los acordados por el derecho irlandés.” (§ 235)

Y para avalar esta afirmación el Tribunal aporta las cifras sobre el número de países del entorno europeo en los que la primera y segunda demandantes habrían podido practicar un aborto legalmente:⁹ de los 47 países que conforman el Consejo de Europa, en 30 de estos países las demandantes hubiesen podido obtener un aborto sin necesidad de fundamentar la solicitud, en 35 países lo hubiesen podido obtener sobre la base de consideraciones relativas al bienestar, y en 40 países lo hubiesen podido obtener sobre la base de consideraciones relativas a la salud (§ 112).

Sorprendentemente, después de haber reconocido la existencia de consenso y de haberla avalado con las cifras sobre la legislación sobre aborto existente en los países europeos, subrayando la excepcionalidad en el entorno europeo de la legislación irlandesa, el Tribunal pasa a negar que este consenso limite el margen de apreciación de los Estados. Y lo hace de una manera aún más sorprendente, que consiste en negar que el consenso relevante a los efectos del caso sea el existente en relación con el contenido de la legislación vigente en los países del entorno al que se había referido antes, y afirmar que dado que no existe consenso sobre “cuándo comienza el derecho a la vida (...) porque no ha habido un consenso europeo sobre la definición científica y legal del comienzo de la vida, entonces ha sido imposible responder a la pregunta sobre si el no nacido es una persona que deba ser protegida a los efectos del Artículo 2 [...]” (§ 237).

Sintetizando, el argumento del Tribunal parece ser el siguiente:

1. El margen de apreciación de los Estados está en relación con el consenso existente a la luz de una interpretación evolutiva del Convenio, de manera que a mayor consenso entre los Estados firmantes menor margen de apreciación para los Estados individualmente considerados.
2. Entre los países del Consejo de Europa sí existe dicho consenso sobre los casos en que debe permitirse la interrupción del embarazo.
3. Sin embargo, se debe considerar que tal consenso no reduce el margen de apreciación de los Estados porque no hay consenso sobre la cuestión subyacente a la legislación sobre la que sí hay consenso, que es la cuestión sobre cuándo comienza la vida.

El Tribunal remarca por tanto la ausencia de consenso científico y legal sobre el comienzo de la vida. En realidad, la cuestión sobre el comienzo de la vida no parece depender de la verdad científica, sino más bien de la valoración moral que hagamos de las diversas aportaciones científicas sobre el inicio de la vida. Otra vez, sorprende el salto argumental que realiza el Tribunal, que después de haber insistido en el consenso legislativo, en la convergencia que se verifica en la región sobre el contenido sustancial

⁹ Cabe agregar que dicho consenso es el que surge también de los documentos y acuerdos internacionales que apuntan en la dirección del reconocimiento del derecho al aborto, como lo ha hecho el Comité de la CEDAW (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer) que reconoce el derecho al aborto como un aspecto del derecho a la igualdad (Londono, 2013:113).

de la normativa sobre aborto, se detiene en una cuestión de índole moral, queriendo al parecer resaltar que esta cuestión moral subyacente no necesariamente se ve reflejada en la legislación. Es decir, el Tribunal parece querer resaltar que el acuerdo legislativo no resuelve necesariamente la cuestión moral, que quedaría pendiente de resolución: la legislación vigente podría ser, en algunos casos, fruto del acuerdo sobre cuestiones morales, pero también podría ser fruto de lo contrario —vistas las discrepancias sobre cuestiones morales, se decide aparcarse dichas cuestiones y consensuar una legislación que permita que en el ámbito privado cada persona resuelva y aplique individualmente sus propias convicciones morales. Según esta segunda interpretación, la ausencia de consenso en el ámbito público sobre cuestiones de índole moral como las relativas al aborto, podría resolverse con un acuerdo legislativo que pusiese fin, en dicho ámbito público-político, a cuestiones morales que se desplazarían al ámbito privado. Supongamos que éstas son las disquisiciones que laten en la invocación que realiza el TEDH a la cuestión moral subyacente.

Según el voto disidente de la sentencia del TEDH, el error en esta argumentación reside en que el consenso relevante para calibrar si cabe o no invocar la doctrina del margen de apreciación, no es el que pueda existir en torno a las cuestiones subyacentes a la legislación —punto 3 del argumento del Tribunal reconstruido más arriba— sino en torno a la legislación misma —punto 2.¹⁰ Y esto es así debido a que los acuerdos legislativos sobre el alcance de los derechos individuales son relevantes con independencia de las cuestiones morales sustantivas a las que respondan —en la medida, claro está, en que no se aparten del marco del Convenio. A menudo la legislación establece la medida en que se considera que deben ser garantizados los derechos de las personas precisamente con vistas a que cada una pueda desarrollar y aplicar, en el ámbito privado, los valores que surjan de su propia concepción del bien, y no de la concepción de una mayoría. En el caso de una cuestión tan disputada como es precisamente la que respecta a la calificación moral que merece la vida embrionaria o la vida fetal en las semanas o meses siguientes a la concepción, resulta extremadamente problemático querer alcanzar un consenso que pueda aglutinar las distintas posiciones morales al respecto. Se trataría, precisamente, del tipo de cuestiones en las que se impone el máximo respeto a las concepciones morales individuales.

Por otra parte, centrar la decisión en la falta de consenso moral, en una materia cuyo debate ha estado marcadamente impregnado de argumentos de índole religiosa, para insistir a continuación en la índole doméstica de la materia, resulta precisamente en la complacencia respecto del peso de dichos argumentos religiosos vernáculos como freno al consenso democrático preponderante en los países de la región —cualquiera sea el origen de dicho consenso que, efectivamente, no tiene por qué responder a un acuerdo moral sustantivo.

De lo dicho hasta aquí, debemos reparar ahora en la siguiente cuestión. Según el voto disidente, se trata de la primera vez que el TEDH deja de lado el consenso existente entre los países europeos para hacer prevalecer las convicciones morales expresadas en el ordenamiento jurídico de un Estado y considera este giro una maniobra cuanto menos peligrosa.¹¹ La pregunta que, por tanto, me parece necesario intentar responder,

¹⁰ Se aprecia aquí la estrategia que M. Iglesias, al analizar otras decisiones del TEDH, denomina “del desplazamiento” (2012:7): el Tribunal desplaza la atención hacia la ausencia de consenso sobre cuándo comienza la vida humana, en vez de centrarse en el consenso existente en la legislación europea sobre la interrupción del embarazo.

¹¹ Con este giro, como señala E. Wicks, la ya controvertida doctrina del margen de apreciación se hace aún más controvertida si cabe, en la medida en que se desestima el contrapeso del consenso alcanzado en los países de la región como criterio para restringir dicho margen de apreciación (2011:562). Todo esto debilita el papel del TEDH como instancia regional que debe tender a lograr unos estándares de respeto de los derechos individuales

es la relativa a por qué el TEDH desestima el consenso europeo en materia de legislación sobre aborto. Para poder indagar en el razonamiento del Tribunal, se hace necesario plantear también dos cuestiones posteriores en relación con la sentencia: la primera, sobre el peso que debe otorgarse a las concepciones morales de una mayoría democrática cuando dichas concepciones interfieren con el ejercicio de derechos individuales (y esta cuestión, claro está, guarda una relación directa con el alcance de la doctrina del margen de apreciación) y, la segunda, sobre si siempre es el Estado quien, como afirma la sentencia, está en mejores condiciones para valorar cuál es el sentir de dicha mayoría democrática cuando están comprometidos derechos humanos en los términos del Convenio Europeo. Para calibrar mejor estas cuestiones, conviene detenernos en el significado de algunos de los conceptos doctrinales que está utilizando el TEDH en esta sentencia. Para esto me voy a referir al análisis que realiza George Letsas sobre la llamada *interpretación evolutiva* del Convenio, mencionada en la sentencia al referirse al consenso alcanzado en los países del entorno europeo en relación con la legislación sobre aborto. Este análisis resultará relevante para ver a qué puede estar haciendo referencia exactamente el TEDH cuando apela al margen de apreciación y por qué en el presente caso no toma en cuenta el consenso alcanzado en los países de la región como contrapeso a dicho margen.

A través del análisis de diversas sentencias del Tribunal, Letsas afirma que allí donde aparecen consideraciones relativas al creciente consenso legislativo —e incluso a veces al consenso simplemente sociológico o de opinión pública— en torno a un determinado tema entre los Estados miembros, consenso que se presenta como el producto de una evolución en la manera de interpretar el contenido de algún derecho del Convenio, estas consideraciones van siempre precedidas por una interpretación del alcance sustantivo del derecho en cuestión (2007:74-79).

Este análisis queda bien ilustrado en el caso *Dudgeon v. Reino Unido* [A, n° 45, 1981], sobre si la penalización de la homosexualidad en Irlanda del Norte podía considerarse una violación del art. 8 del Convenio en relación con el respeto de la vida privada y la vida familiar garantizado en dicho artículo. En tal oportunidad, el TEDH afirmó que la mejor comprensión que tenemos hoy de la homosexualidad permite rechazar el tipo de sanciones previstas en la legislación penal recurrida y afirmar la vigencia del art. 8 en el ámbito de las relaciones homosexuales. Como afirma Letsas, la parte relevante de esta

que sean homogéneos entre los países europeos, al menos en lo que se refiere a la defensa de un núcleo irreductible de protección. La actitud adoptada por el TEDH cuando, al seguir la doctrina del margen de apreciación, renuncia precisamente a asumir una función jurisdiccional regional, capaz incluso de poner en cuestión las decisiones nacionales cuando éstas sean contrarias al respeto de los derechos del Convenio, ha sido vista por algunos autores como una “renuncia” a su papel de instancia jurisdiccional superior. Así lo expresa M. Iglesias, cuando afirma, en relación con la concepción estructural o posicional del margen de apreciación, que “cuando el TEDH adopta una concepción posicional del margen de apreciación, como lo ha hecho habitualmente en materia religiosa, no está realmente consolidando su legitimidad institucional frente a los Estados. Está más bien renunciando a su función jurisdiccional”; y en referencia específica a la sentencia del caso *Lautsi* 2011 del TEDH en materia religiosa agrega que “Usando la terminología dworkiniana, podríamos decir que *Lautsi* 2011 tiene todos los visos de una decisión de compromiso sin fundamento axiológico. Siguiendo esta línea, el peligro de la doctrina del margen de apreciación es el de acabar en un “casi todo vale” para los Estados” (2012:10). Como afirma M. Iglesias, “[...] el TEDH sólo de forma muy débil está sirviendo para establecer estándares mínimos de protección que limiten la autonomía estatal, lo que parece frustrar el objetivo mencionado en su preámbulo de obtener una comprensión y respetos comunes a los derechos humanos dentro del Consejo de Europa” (2012:9). Esta cuestión nos lleva a la cuestión más fundamental sobre cuál es la concepción de los derechos humanos que el TEDH quiere defender, qué noción de derechos individuales y con qué núcleo esencial o irreductible, y qué tipo de balance cree que debe alcanzarse cuando los derechos individuales entran en conflicto con consideraciones colectivas. La cuestión en torno al alcance de los derechos individuales resulta fundamental para guiar el avance —y en tal sentido la evolución en la interpretación de los derechos del Convenio— hacia una protección cada vez más reforzada de dichos derechos, capaz de, a su vez, extenderse de manera homogénea en la región.

argumentación está en considerar que la actual interpretación, según la cual las relaciones homosexuales son merecedoras del respeto debido a las personas en su esfera íntima y familiar, es “mejor” y resulta más adecuada al contenido que debe darse al art. 8, no porque sea meramente diferente o recoja un consenso fáctico en la materia, sino porque revela consideraciones sustantivas que son más propicias o adecuadas para salvaguardar los valores que subyacen al derecho en cuestión (2007:78-79). En palabras de Letsas:

“En algunas sentencias posteriores, el Tribunal procedió exactamente de la misma manera: examinó cuidadosamente la cuestión jurídica involucrada, realizó afirmaciones y conjeturas acerca de la finalidad del derecho protegido y explicó en detalle por qué los actos del gobierno no satisfacen tal propósito. En ningún caso suscribió una interpretación basada en acuerdos o costumbres: no se trata de que aquello que constituye una transgresión de la ley cambie cada vez que cambian las reglas y las actitudes.” (2007:78)

Me parece que *Dudgeon v. Reino Unido* marca un punto importante en la interpretación del Art.8, al estimar que la opción por la homosexualidad forma parte de un aspecto tan exclusivamente privado de la vida de una persona que el margen de apreciación del Estado debe verse necesariamente reducido y las convicciones morales de la sociedad necesariamente postergadas. Para poner la cuestión en términos de preferencias, las preferencias externas de los individuos —tal como las caracterizara R. Dworkin—, manifestadas como sentir o convicciones morales de una mayoría, no deben imponerse frente a las preferencias internas de las personas que son expresión del núcleo irreductible del derecho a la intimidad.

Si la lectura que hace Letsas de la jurisprudencia del Tribunal es correcta, entonces el consenso revelado en la legislación convergente de una mayoría de los Estados miembros en torno a una determinada materia, funcionaría solo como un argumento subsidiario que ayudaría a reforzar lo que en cualquier caso debería ser un cambio en la interpretación sustantiva respecto al alcance de un derecho, su fundamentación o los valores que éste expresa. En este sentido, los consensos obtenidos en la región deberían tener una relevancia especial y ser particularmente tenidos en cuenta por el TEDH precisamente cuando se trata de consensos que marcan un avance en la protección de derechos individuales. Como afirma M. Iglesias, “parece [...] que solo sería razonable que un consenso contrario tuviera relevancia frente a la voluntad estatal si ello supusiera un avance respecto al derecho en cuestión, con lo que es difícil considerar que el consenso pueda ser *per se* un elemento determinante de un juicio de adecuación al convenio” (2012:9). Y precisamente éste parece ser el caso en materia de aborto: el consenso alcanzado en la mayor parte de los Estados europeos demuestra una protección mayor de los derechos reproductivos de las mujeres, de la capacidad de elegir, de la autonomía y, por tanto, del derecho a la intimidad de las mujeres en los términos del Artículo 8 del Convenio, en conformidad con las pautas fijadas sobre la materia por organismos internacionales.¹²

Si aplicamos esta lectura a *A, B y C v. Irlanda*, el consenso legislativo perdería entonces relevancia en la argumentación precisamente porque el Tribunal no ha hecho previamente una interpretación del art. 8 del Convenio que permita considerar que el derecho a la intimidad o vida priva y familiar de la mujer tiene el alcance que sería necesario reconocerle para avalar la legislación de la mayoría de los Estados europeos sobre aborto, y rechazar al mismo tiempo la normativa irlandesa sobre el mismo. En cambio, las consideraciones

¹² Para una exposición sobre el desarrollo de los estándares legales y jurisprudenciales en materia de aborto en el ámbito internacional y regional, ver Zampas y Gher (2008).

del TEDH sobre este punto son muy escasas y no pasan de una escueta mención al problema que resulta de determinar cuál es la definición adecuada sobre el comienzo de la vida. En definitiva, parecería que en materia reproductiva no se puede afirmar un derecho a la intimidad pleno para las mujeres porque no se puede establecer un estatus jurídico claro para la vida embrionaria. Si éste es el punto sobre el que, como adelanta el Tribunal, debería existir acuerdo para que fuese posible afirmar la relevancia del consenso en la materia, entonces cabe sospechar que el Tribunal debería haber ahondado en el alcance del derecho a la vida en relación con los otros derechos en conflicto, y por esto merece la pena que nos detengamos a analizar algo más la cuestión.

EL CONSENSO RELEVANTE EN TORNO AL ABORTO

La sentencia del TEDH que estamos analizando, afirma que en materia de aborto el consenso relevante a efectos de poder establecer una perspectiva jurídica común en ámbito europeo, es el relativo a “cuándo comienza el derecho a la vida” o, como dice en otro pasaje de la sentencia el propio Tribunal, el consenso “sobre si el no nacido es una persona que deba ser protegida a los efectos del Artículo 2” (§ 237). Con estas afirmaciones, el TEDH circunscribe el ámbito del consenso necesario en materia de aborto, estableciendo que tal consenso no puede estar basado en otro presupuesto que no sea un pronunciamiento sobre los límites del derecho a la vida humana, sobre cuándo se debe considerar que comienza la vida humana. Afirma incluso el TEDH que “no ha habido un consenso europeo sobre la definición científica y legal del comienzo de la vida” (237), asumiendo así que debería haberlo para poder afirmar la existencia de consenso sobre el aborto.

Resulta al menos impreciso que se apele a una “definición científica y legal del comienzo de la vida”. En primer lugar, resulta impreciso hablar de “vida” en este caso sin agregar calificativos. El término vida humana puede resultar vago si no se concreta a qué nos estamos refiriendo. El derecho a la vida al que aluden los instrumentos jurídicos que consagran dicho derecho es el derecho de las personas a la vida. Y entonces sí nos aproximamos a una de las cuestiones más controvertidas. Si el derecho protegido es el de las personas, la cuestión pertinente entonces es si puede llamarse persona a la vida embrionaria. Si la respuesta es positiva, no podemos más que preguntarnos si existen diferencias cualitativas en cuanto al valor de la “vida humana” entre el momento de la concepción y el momento del nacimiento. En la literatura al respecto es frecuente encontrar planteada la analogía con la pregunta sobre si estaríamos dispuestos a afirmar que es lo mismo una semilla de roble que un roble. En otras palabras, no parece que se puedan pasar por alto las diferencias que existen entre los dos momentos señalados, la concepción y el nacimiento, o dejar de reconocer la existencia de un continuo que nos lleva a tener que establecer un límite —siempre con cuotas de arbitrariedad como sucede en todos los casos de cadenas de continuidad— o caer en el absurdo.

Apelar a la necesidad de “una definición científica y legal del comienzo de la vida”, como hace el TEDH, parece entonces una mala manera de abordar el problema. No hay “una” definición científica, ni “una” definición legal en relación con el estatus de la vida embrionaria o fetal, en definitiva, no hay definiciones compartidas ya que existen distintas valoraciones sobre hechos que no son concluyentes por sí mismos, y no lo son porque no podemos asimilarlos a otros hechos sobre los que sí tenemos valoraciones compartidas.¹³ La vida embrionaria o fetal no es idéntica a la vida de los ya nacidos. Y

¹³ Sobre los problemas definicionales, los problemas fácticos y la posición que adoptarían liberales y conservadores, ver el trabajo de Roger Wetheimer (1974: 32-35).

sin embargo, aunque algunos hacen de esta diferencia un dato relevante para asignar un valor distinto a la vida pre-natal en sus distintas etapas, otros entienden que tal diferencia no es relevante. Este tipo de problemas son recurrentes en la moral: a menudo estamos de acuerdo sobre los hechos pero no sobre el valor que predicamos de los mismos.

Pero si estos problemas que aquí se señalan de manera muy sintética son tales, entonces ¿por qué el TEDH se refiere al consenso en torno a la definición del comienzo de la vida?

El nudo de la discusión sobre el aborto parece centrarse en la calificación moral que recibe el material biológico de carácter humano: las células sexuales, el cigoto, las células embrionarias. No hay “una” definición científica, ni “una” definición legal en relación con el estatus de la vida embrionaria o fetal, en definitiva, no hay definiciones compartidas ya que existen distintas valoraciones sobre hechos que no son concluyentes por sí mismos, y no lo son porque no podemos asimilarlos a otros hechos sobre los que sí tengamos valoraciones compartidas.¹⁴ La vida embrionaria o fetal no es idéntica a la vida de los ya nacidos. Y sin embargo, aunque algunos hacen de esta diferencia un dato relevante para asignar un valor distinto a la vida pre-natal en sus distintas etapas, otros entienden que tal diferencia no es relevante. Este tipo de problemas son recurrentes en la moral: a menudo estamos de acuerdo sobre los hechos pero no sobre el valor que predicamos de los mismos.

Si el peso del debate no gravita sobre el comienzo de la vida sino, más bien, sobre cuándo la existencia de “vida”, en términos biológicos, resulta moralmente relevante, entonces el consenso que hace falta buscar no es sobre los hechos sino sobre los valores que vinculamos a los hechos. Más aún, dicha relevancia, al menos en el caso concreto del aborto, parece no poder escindir la existencia de la vida biológica de su relación con otros valores. En otras palabras, se trata de dirimir el valor de la vida humana en los primeros momentos (días, semanas, meses, no vamos a adentrarnos aquí en precisiones en cuanto a los plazos, centrándonos en el supuesto menos controvertido de las primeras semanas) de la concepción, teniendo en cuenta que dicha vida está en relación con otros valores. Así configurada la cuestión, podemos concebir el problema del aborto en términos de conflicto entre valores: por un lado el valor de la vida embrionaria o fetal y, por otro lado, valores tales como la vida de la mujer portadora de dicho embrión o feto, su intimidad, su autonomía personal, su capacidad para decidir sobre el propio cuerpo, u otros. Como desarrollaré más adelante, esta perspectiva me parece ineludible: cualquiera sea el valor que decidamos conferir a la vida pre-natal cuando ésta no es viable sino en el interior del cuerpo de la mujer, tal asignación de valor no puede pasar por alto los valores que acompañan a esa otra vida, la de la mujer, de la que la primera depende.

Otra vía que se puede explorar es la que resulta de negar la existencia de conflicto. Esta vía presupondría o bien establecer una jerarquía axiológica clara entre los valores involucrados, principalmente el valor de la vida pre-natal dependiente y el valor de la vida, intimidad o autonomía de la mujer, con los problemas que esto conlleva¹⁵, o bien negar la existencia de alguno de los valores involucrados, en concreto, negar el valor de la vida incipiente o negar los valores vinculados a la mujer. En cuanto a lo primero, el valor de la vida humana incipiente se manifiesta con fuerza precisamente en todos los otros casos en los que la mujer decide llevar adelante un embarazo cuyo propósito es el nacimiento; en cuanto a lo segundo, cuando se ponen en cuestión los derechos a la

14 Sobre los problemas definicionales, los problemas fácticos y la posición que adoptarían liberales y conservadores, ver el trabajo de Roger Wetheimer (1974: 32-35).

15 Sobre monismo-pluralismo moral, ver Alvarez (2009).

vida, intimidad o autonomía de la mujer, el argumento utilizado no suele ser el de negar sin más que la mujer sea titular de tales derechos, sino que se argumenta en el sentido de anteponer a ellos el valor de la vida pre-natal dependiente.

Parece difícil, por tanto, negar que persiste al menos un ámbito de conflicto que puede admitir diversas soluciones. El conflicto podríamos representarlo de la siguiente manera. Por un lado, lo que voy a llamar el valor de *la vida humana pre-natal dependiente*; a los efectos del análisis que quiero realizar aquí no necesitamos profundizar en los límites del concepto y podemos convenir en que se trata de la vida embrionaria o fetal en las primeras semanas de vida, con independencia del número exacto de semanas —evitaré entrar aquí en los difíciles problemas relativos al límite de la vida dependiente y el momento de la viabilidad fetal, ya que para los propósitos de este trabajo nos interesan especialmente los casos relativos al primer trimestre de embarazo. Por otro lado, lo que voy a llamar el valor de la *autonomía plena*; entiendo aquí por un ejercicio pleno de la autonomía de la mujer, la capacidad de elección que tiende a incluir el mayor número posible de opciones relevantes. Este punto merece una aclaración. Se han seguido distintas vías para establecer qué derecho de la mujer resulta comprometido en relación con el aborto. Tal vez la vía más fructífera jurisprudencialmente haya sido —desde *Roe v. Wade*— la que se refiere al derecho a la intimidad como el marco en el que se inscriben los derechos reproductivos y en concreto el derecho al aborto. Otras justificaciones posibles tienen que ver con el derecho a decidir sobre el propio cuerpo, el derecho a planificar la propia vida o, más simplemente, el derecho a decidir entendido como capacidad de autonomía. La referencia al ejercicio pleno de la autonomía que he propuesto, quiere poner de relieve que en el derecho al aborto confluyen más de un valor relevantes, valores como la intimidad, la integridad física, la realización de planes de vida, todos los cuales son manifestaciones de una autonomía que se dirime a partir de una gama de opciones no mermada en relación con lo que podemos considerar opciones relevantes¹⁶. La decisión de tener o no tener hijos forma parte de ese núcleo de decisiones personalísimas que comprometen la propia identidad, la forma de vida que queremos para nosotros mismos, el tipo de relaciones que deseamos entablar con los demás, la manera en que queremos comprometernos afectivamente. En definitiva, se trata de una cuestión que se ubica en el círculo más personal e íntimo de la vida.

El debate queda planteado, por tanto, en torno a las posibilidades de argumentar a favor de uno u otro de los valores en conflicto. Y creo entonces que ésta es la cuestión que está detrás de la mención que hace el TEDH en relación con la definición del comienzo de la vida. Se trata de calibrar el peso relativo de los valores en conflicto, es decir, la posición axiológica de uno en relación con el otro. En este marco se han hecho muchas aportaciones al debate sobre aborto. Teniendo en cuenta los objetivos de este trabajo, señalaré muy sintéticamente solo algunas de estas aportaciones, aquellas que creo pueden arrojar algo de luz a la cuestión que se plantea en la sentencia del TEDH que estamos analizando. Es decir, señalaré algunos de los argumentos que pueden ayudarnos a comprender la cuestión relativa al consenso al que podemos aspirar no ya en relación con “el comienzo de la vida”, como pretende la sentencia, sino en relación con la cuestión subyacente, más acotada y pertinente, del valor de la vida pre-natal dependiente en relación con los valores —y derechos— que conferimos a la vida de la mujer, principalmente su autonomía plena.

Expondré a continuación cuatro argumentos o combinaciones de argumentos ofrecidas por distintas filósofas y filósofos morales. Estos argumentos son contribuciones

16 Ver Alvarez (2002 y 2014).

importantes en la defensa del derecho de las mujeres a decidir sobre la maternidad como un aspecto íntimo y personalísimo, un aspecto inescindible de su identidad. Del otro lado, los argumentos en contra del aborto se han construido tradicionalmente en torno a las siguientes ideas centrales: derecho a la vida del no nacido; potencialidad de la vida incipiente; responsabilidad de la mujer por la vida incipiente. Aunque no expongo de manera separada y detallada estos últimos argumentos, se verá al desgranar los argumentos a favor, que ellos se refieren a los primeros, los desmontan y, creo, los refutan.

a) *El argumento Thomson: la extensión del derecho a la vida.* Un primer argumento importante lo proporciona el que tal vez sea el aporte más significativo de las últimas décadas al debate sobre aborto; me refiero al trabajo de Judith J. Thomson.¹⁷ La autora sigue en su defensa del aborto una vía de argumentación maximalista que aquí podemos llamar “el argumento del derecho a la vida”. El argumento consiste en demostrar cómo incluso si admitiésemos que la vida humana incipiente tiene el mismo estatus moral que la vida de la mujer que es portadora de dicha vida incipiente, las circunstancias y perspectivas del embarazo enfrentan a la mujer con una serie de exigencias cuya imposición en contra de su voluntad no aceptaríamos en casos análogos. Para esto se vale la autora del ya muy conocido ejemplo del “famoso violinista inconsciente”. El ejemplo consiste en imaginar que “usted” se despierta por la mañana y descubre que su cuerpo está conectado al cuerpo de un famoso violinista inconsciente. Al violinista se le ha diagnosticado una enfermedad de riñón y la Sociedad de Amantes de la Música, después de contrastar los datos médicos se ha encontrado con que el único organismo compatible para salvar la vida del violinista es el suyo y ha decidido conectarle a “usted” al cuerpo del violinista (1971:48-49). A partir de este hipotético caso la autora imagina diversos escenarios posibles en los que la pregunta central gira en torno a las posibilidades de que exista una obligación moral de permanecer conectada al famoso violinista inconsciente para salvarle la vida: ¿se le puede exigir a usted que, sin haber mediado consentimiento, continúe poniendo su cuerpo a disposición del violinista famoso? ¿sería moralmente reprochable la acción de desconectarse del cuerpo del famoso violinista inconsciente? ¿existe un deber moral de poner a disposición de los demás nuestro propio cuerpo para salvar otra vida?

La respuesta que surge a partir de los presupuestos del individualismo moral, es que tal obligación no existe, con independencia de que pueda existir una disposición altruista en relación con las necesidades de los demás que atañen a la supervivencia y que exigen acciones que comprometen gravemente la propia autonomía.¹⁸ El ejemplo de Thomson apunta a demostrar que el derecho a la vida de una persona no genera obligaciones positivas en los demás cuando dichas obligaciones comprometen el cuerpo de otra persona. En palabras de la autora:

“Solo afirmo que tener derecho a la vida no garantiza ni tener derecho a que se nos proporcione el uso del cuerpo de otra persona, ni tener derecho a que se nos permita el uso continuado del cuerpo de otra persona, ni siquiera si uno lo necesita precisamente para la vida. Por lo tanto, el derecho a la vida no podrá servir a los detractores del aborto de la manera simple y clara en que parecen haber creído que les serviría.” (1971:56)

En conclusión, el principal aporte de lo que he llamado el *argumento Thomson* se centra en desmontar la idea según la cual el derecho a la vida del feto serviría de funda-

17 El argumento de Thomson no ha estado exento de críticas, entre las que destaca la de J. Finnis (1973). Sobre la polémica Thomson-Finnis ver también Ruiz Miguel (1990:58-65).

18 Thomson afirma que “el Buen Samaritano” seguramente asumiría la responsabilidad por la vida del famoso violinista inconsciente y, por tanto, pondría a disposición su cuerpo (1971:65). Este tipo de actitudes, sin embargo, van más allá de lo moralmente exigible, superan el umbral del deber, para transformarse en lo que se conoce como actitudes o acciones supererogatorias.

mento moral suficiente para negar el derecho al aborto. Para esto, Thomson se centra en demostrar que el derecho a la vida de una persona —incluso en los casos en los que tal presupuesto no resulta controvertido— no obliga por sí solo a que otras personas pongan a disposición su propio cuerpo con el fin de salvar la vida de la primera. El derecho a la vida no es suficiente para prohibir el aborto.

b) *El argumento McMahan-Kamm: la ausencia de autoconciencia y la irrelevancia de la potencialidad.* La perspectiva de análisis que propone Jeff McMahan, arroja varias conclusiones importantes en relación con la moralidad del aborto. En primer lugar, el autor recurre a argumentos de índole científica para afirman la inexistencia de actividad neuronal en el feto hasta la semana 20 de gestación, desprendiéndose de esta afirmación la imposibilidad de interpretar que pueda siquiera existir vida humana merecedora, por sí sola, de una noción de respeto equivalente a la vinculada a la vida de las personas (2002:267-280). A partir de que en torno a ese período gestacional se puede verificar actividad consciente en el feto, no existirían en éste, sin embargo, otras cualidades que se suelen considerar imprescindibles para la calificación de persona —como la racionalidad y la autonomía—, razón por la cual las posibilidades de calificar como moralmente incorrecto matar al feto derivarían —a partir de ese momento— no ya de la vulneración del respeto debido a la vida humana, sino, si acaso, de un supuesto interés del feto —capaz ya de autoconciencia— que se vería necesariamente frustrado en el tiempo —interés que para el autor resultaría muy débil en cualquier caso (2002:251-269).

A estas consideraciones hay que agregar las observaciones de McMahan en relación con el argumento que apela a la existencia en la vida embrionaria de la conocida como cualidad de la “potencialidad”, es decir, presencia de condiciones idóneas para que en el futuro pueda llegar a existir una persona. Aunque no puedo detenerme aquí en las extensas situaciones contrafácticas en las que el autor apoya sus conclusiones, baste apuntar que el mismo descarta que la condición de potencialidad pueda afectar de algún modo al estatus moral de algo o alguien.¹⁹ Afirma McMahan que lo relevante en relación con la potencialidad no es cómo pueda afectar al estatus moral sino si existen razones morales que avalen la necesidad de desarrollar dicha potencialidad. Para responder a esta pregunta, el autor se basa en su concepción de la identidad personal —cercana a la de Derek Parfit—,²⁰ y concluye afirmando que la falta de continuidad psicológica entre el feto y la persona que éste pueda llegar a ser en el futuro, descarta la posibilidad de que el primero vea frustrado algún hipotético bien futuro. En este sentido afirma:

“Cualquiera sea la razón para garantizar la realización del potencial del feto para llegar a ser una persona, dicha razón queda subsumida en la razón de respetar su interés, relativo en el tiempo, por continuar viviendo. Lo bueno de convertirse en persona o de serlo es una dimensión de lo bueno que podría contener su futuro, y que uno tiene un interés presente, relativo en el tiempo, en tener [...] El interés presente [del feto] por tener lo bueno de su propio futuro es relativamente débil, dada la virtual ausencia de conexiones psicológicas entre el feto ahora como feto y el feto más adelante como persona. Esto significa que importa comparativamente poco, para el propio bien del feto ahora, el que llegue a realizar o no su potencial.” (2002:317)

19 La posición de McMahan en relación con la potencialidad y la inexistencia de un estatus moral autónomo de la vida incipiente capaz de generar en nosotros obligaciones morales, deja en evidencia uno de los argumentos más incontrovertibles a favor de la protección de dicha vida incipiente. Me refiero al argumento extensamente estudiado por Ronald Dworkin en su conocido trabajo sobre aborto (1993: capítulos 2 y 3), en referencia a la “sacralidad de la vida” como el punto de partida del respeto a dicha vida humana incipiente. Solo si creemos que hay algo de sagrado o de divino en el material biológico de origen humano que merece por sí mismo y debido a ese valor intrínseco nuestro respeto, podemos entonces derivar obligaciones morales. Este tipo de creencia, sin embargo, no se basa en la fuerza de los argumentos sino en la intensidad de las convicciones, por ejemplo, de tipo religioso.

20 Ver McMahan (2002:3-88).

Por su parte, siempre en relación con el argumento del supuesto interés frustrado de la vida incipiente del embrión respecto del cual la mujer embarazada sería responsable al abortar, Frances Kamm toma como punto de partida el ejemplo del violinista de Thomson para analizar el alcance del derecho a la vida en relación con distintos supuestos —variaciones del caso del violinista— en los que la vida o la supervivencia de una persona necesita del cuerpo de otra. En relación con el aborto, Kamm ofrece una perspectiva de la relación feto-mujer embarazada, que aporta un elemento importante. Afirma la autora que, incluso si se aceptase que la mujer es responsable causalmente por haber permitido la formación de una nueva e incipiente vida humana —presupuesto cuestionado por muchos autores—, el feto no puede sobrevivir sin el soporte que le brinda el cuerpo de la mujer. Si la mujer decide poner fin al embarazo o, en otras palabras, matar al feto, lo que hace es equivalente a negarle el soporte que para la vida incipiente significa el propio cuerpo de la mujer. Al quitarle dicho soporte, la mujer no le quita nada que esa vida incipiente haya podido tener con independencia de la existencia de tal soporte corporal. En otras palabras, y para conjugar el aporte de Kamm con el de McMahan, la situación de “muerte” del feto al momento de su expulsión del cuerpo femenino del que depende para la supervivencia, ni lo priva de algo que hubiese podido tener con independencia de la disponibilidad de la mujer, ni lo coloca en la situación de pérdida de un interés efectivo hacia el futuro. La situación de esa vida incipiente al momento del aborto no es peor que la situación de “no-existencia” anterior a la intervención del cuerpo femenino como soporte para la vida, ya que el embrión o el feto no han podido desarrollar ni viabilidad ni expectativas futuras. En palabras de la autora:

“Al matarlo [al feto], por tanto, usted no le está quitando más que el beneficio —la continuada preservación de la vida— de su apoyo corporal. Por tanto, al matarlo —un daño debido a que pierde el bien futuro de la vida—, ni siquiera así se le ocasiona un daño en relación con la situación en que hubiese estado sin el continuo apoyo corporal de la mujer. [...] Dado que sin este apoyo el feto no puede conservar la vida que usted le dio y por tanto estaría muerto, no pierde nada de lo que usted sea responsable por haber provocado que tuviese, nada que pudiese conservar con independencia de usted [...] De acuerdo con esta visión, cómo habría estado el feto sin el continuo apoyo del cuerpo de la mujer es el punto de partida adecuado para la comparación con su destino si fuese matado.” (1992:91)

Las palabras de Kamm podrían ser sometidas al argumento de la potencialidad y la posible expectativa a futuro. Pero si interpretamos el argumento de Kamm conjuntamente con la concepción de McMahan, entonces no existiría en la interrupción del embarazo un daño en el sentido estricto del término, ya que la mujer que interrumpe su embarazo —al menos en los momentos previos a la vida consciente y según McMahan incluso en los abortos tardíos— no está privando al feto de nada que éste hubiese podido esperar tener si la mujer se hubiese abstenido de actuar desde el inicio, teniendo en cuenta que, otra vez en términos de McMahan, no ha podido desarrollar un interés a futuro.

A esta noción agrega Kamm una descripción de las acciones de concebir y abortar que pone de manifiesto cómo la dependencia del embrión respecto del cuerpo de la mujer, determinan que tal embrión no pierda con el aborto nada que hubiese podido tener con independencia de la intervención del propio cuerpo de la mujer. Realizando una interpretación conjunta de Kamm y McMahan, no existiría por tanto daño en la medida en que no existe vida independiente o con posibilidades de viabilidad o expectativas independientes de desarrollo futuro.

c) *El argumento Warren-Mackenzie: la autonomía de las mujeres.* Otra línea importante de argumentos en relación con el derecho al aborto, lo han ofrecido quienes en lugar de centrarse en analizar las posibilidades del feto para constituirse en posible

titular de valor y por tanto de derechos, se han centrado en las mujeres como titulares de derechos. Éste es el tipo de enfoque que han adoptado algunas autoras feministas²¹, que reivindican que la discusión en torno al aborto debe partir de aquellas premisas que resultan incontrovertibles, esto es, la consideración de las mujeres como personas con capacidad para ser titulares de derechos. Desde esta perspectiva, cuando tales premisas quieren ponerse en relación con las consideraciones en torno a si se puede, de la misma manera, considerar persona al embrión o feto y, en consecuencia, considerarlo titular de derechos, surgen las distorsiones propias de un punto de vista que ha desplazado su foco de atención. Mary A. Warren ofrece una aproximación que de manera particularmente intuitiva marca los límites que en este sentido debería asumir el debate. Afirma la autora que “Es imposible tratar a los fetos en el útero como si fuesen personas sin tratar a las mujeres como si fuesen algo menos que personas” (1989:59). En el trabajo del que se extrae la cita, Warren está interesada en discutir el momento a partir del cual debe comenzar la tutela legal de la vida —el momento de la viabilidad, de la vida sensible, del nacimiento—; para los fines del presente trabajo, me interesa en cambio centrarme en el argumento del que parte la autora, que consiste en defender la autonomía corporal o la capacidad para decidir sobre el propio cuerpo como el valor central en torno al cual debería girar la protección del derecho al aborto.

Es precisamente en relación con la capacidad de autonomía como fundamento del derecho al aborto que el aporte de Catriona Mackenzie quiere enriquecer la perspectiva de Warren. En primer lugar, Mackenzie acepta la premisa de Warren en relación con la centralidad de la perspectiva que reivindica la autonomía de la mujer en relación con el aborto, pero niega que se trate *solo* de la autonomía corporal de la mujer. Mackenzie reconoce el valor moral del feto aunque afirma que dicho valor debe ser puesto desde el principio en relación con el valor moral de la persona-mujer: se trata por tanto de un valor o estatus moral “definido en términos relacionales” (1992:146).²² La idea de la autora apunta precisamente a la potencialidad de esa vida incipiente que le permitirá, a medida que pase el tiempo, ir ganando o aumentando en cuanto a su relieve moral, de manera que mientras en un primer momento solo la mujer tiene entidad suficiente como agente moral para decidir sobre la vida intrauterina como algo indistinguible de su propio cuerpo, a medida que pasa el tiempo y que la vida intrauterina enriquece la entidad del feto como agente, éste gana valor intrínseco.²³ Se trata por tanto de un “estatus moral relacional del feto” (1992:143). Esta idea lleva a Mackenzie a poner en cuestión no solo la afirmación de Warren en relación al nacimiento como el único momento a partir del cual se puede predicar valor moral, sino que pone en cuestión también la noción de autonomía corporal como fundamento del derecho al aborto. Según Mackenzie no es la capacidad de decisión sobre el propio cuerpo, sino una capacidad de decisión en sentido más amplio, avalada por un concepto de responsabilidad que se extiende a una serie de decisiones que pueden trascender el propio cuerpo. La decisión podría no ser solo la decisión de expulsar un embrión del útero, sino que podrían estar comprometidas otro

21 Distintos enfoques feministas en torno a la autonomía personal de las mujeres proporcionan perspectivas distintas sobre los derechos reproductivos; sobre derechos reproductivos y autonomía personal, ver Jackson (2001:1-9; 71-76).

22 Aunque no puedo profundizar aquí en esta noción, me interesa resaltar que la referencia a la autonomía corporal no necesariamente se corresponde con una noción del cuerpo como “propiedad privada” en el sentido estándar o convencional del término, aunque sí hace referencia a la posibilidad de tomar decisiones sobre el propio cuerpo. Dichas decisiones, sin embargo, no puede pasar por alto el significado relacional del propio cuerpo en los términos antes señalados. Un desarrollo más reciente sobre estas cuestiones en relación con otros aspectos de la vida sexual y reproductiva de las mujeres se puede encontrar en A. Phillips (2011, 2013).

23 Sobre el enfoque “gradualista” de los derechos del no nacido, en relación con las diversas etapas de la gestación, ver también Ruiz Miguel (1990:65-74).

tipo de razones independientes del cuerpo como las relacionadas con la maternidad o la existencia futura de un hijo. Esta distinción puede acarrear importantes diferencias, entre ellas la que existe entre una noción del aborto como mera evacuación de la vida uterina —que podría derivar en un hipotético deber, si fuese posible, de preservar la vida embrionaria fuera del útero en cuestión o incluso en otro útero— o como interrupción de la vida embrionaria —dentro o fuera del útero.

El punto que me interesa destacar de esta posición es que radica la fundamentación del aborto no ya en la no existencia de una obligación de ofrecer soporte corporal para la prolongación de otra vida, sino en la autonomía entendida como autodeterminación —y en este sentido como una capacidad para tomar decisiones no solo sobre el propio cuerpo, sino también sobre la configuración de la propia vida de relaciones, familiar o afectiva.

d) *El argumento Wertheimer: las exigencias de la controversia.* Una tercera vía o aportación relevante en torno al problema del aborto, aparece en el trabajo de R. Wertheimer, cuando hacia el final de su artículo (en el que explora las líneas de pensamiento que liberales y conservadores estarían desarrollando en sus posiciones en torno al aborto) menciona el que aquí podemos denominar “argumento de la controversia”. En dicho artículo el autor afirma que una legislación restrictiva sobre aborto, que penaliza la mayor parte de los supuestos, es una legislación que coarta la libertad individual y provoca graves desarreglos en la ciudadanía. Una legislación de este tipo solo puede estar justificada cuando existe una fundamentación sólida, que en este caso debería basarse en la defensa del derecho a la vida del feto entendido como persona. Sin embargo, continúa Wertheimer, dado que esto último no puede ser demostrado por el Estado para defender una legislación restrictiva, ya que existen profundos desacuerdos al respecto que generan una controversia que hasta el momento no ha sido zanjada con argumentos concluyentes al respecto (no hay argumentos concluyentes sobre el estatus del feto como ser humano), entonces, tal legislación no está justificada. Como bien aclara el mismo autor, este argumento por sí solo no implica que el aborto sea moralmente lícito, pero aconseja al Estado una legislación más permisiva, con menores costes para las libertades individuales. El autor lo expresa del siguiente modo:

“Ahora, sin lugar a dudas, las actuales leyes sobre aborto restringen seriamente la libertad y reducen el bienestar de la ciudadanía. Una ley con ese efecto no es ipso facto injusta, pero el Estado tiene la carga de demostrar que tal ley es necesaria para alcanzar los legítimos fines del Estado. Pero los costes sociales de la actual legislación sobre aborto son tan grandes que solo la preservación de vidas humanas podría justificarlos. Por tanto, para justificar dicha legislación el Estado debe demostrar que el feto es un ser humano. Pero si esto último no hay forma de demostrarlo, el Estado tampoco puede hacerlo, y entonces las leyes deben ser consideradas una carga injustificada y por tanto un ejercicio ilegítimo del poder.” (1971-1974:50)

Volvamos ahora a la sentencia. Si el TEDH hubiese querido pronunciarse sobre la cuestión de fondo que subyace al conflicto en torno al aborto, entonces habría tenido que indagar, como se señala fugazmente en la propia sentencia, sobre el alcance de las diversas afirmaciones que aparecen en el debate en torno al comienzo de la vida. En tal caso, el TEDH debería haber intentado, a mi juicio, alguno de los difíciles argumentos que exploran las cuestiones relativas al estatus moral de la vida embrionaria y fetal en relación con la vida de las mujeres y su intimidad, cuestiones como las que se han señalado más arriba. A la luz de tales argumentos, el Tribunal debería haber alcanzado una interpretación de los derechos protegidos en el art. 8 del Convenio —derecho a la vida privada y familiar— en relación con las cláusulas de acomodación o limitación que permiten una restricción de tales derechos, especialmente en atención a las convicciones morales de

la sociedad. Esta última cuestión resulta sumamente relevante, ya que el Tribunal hace descansar todo el peso de su decisión precisamente en la cláusula establecida en el inciso 2 del art. 8, que permite restringir el derecho protegido en el inciso 1 sobre la base de una serie de consideraciones vinculadas a las necesidades de una sociedad democrática, entre las que figura la protección de las convicciones morales de la sociedad. Dada esta configuración del art. 8, resultaría esperable que el Tribunal procediera a sopesar el alcance del derecho a la intimidad —vida privada y familiar— poniéndolo en relación con las consideraciones de tipo colectivo que en este caso aparecen invocadas cuando se apela a las convicciones morales de la sociedad. Sin embargo, no hay en la sentencia ningún razonamiento que dé cuenta de una ponderación o análisis de proporcionalidad²⁴ en relación con las cuestiones en conflicto —a saber el derecho a la intimidad por un lado y las convicciones morales de la sociedad por el otro. En cambio, el Tribunal simplemente afirma que en el presente caso la parte demandada goza de un amplio margen de apreciación para calibrar qué solución debe darse al conflicto así planeado.²⁵

Si aplicamos el análisis conceptual que realiza Letsas de la doctrina del margen de apreciación tal como ha sido utilizada en la jurisprudencia del TEDH, en el caso que estamos analizando el Tribunal utilizaría tal doctrina en un sentido “sustantivo”,²⁶ es decir que al apelar a la capacidad del Estado irlandés para decidir sobre las condiciones de la legislación sobre aborto, estaría avalando la idea según la cual el derecho a la vida

24 No puedo detenerme aquí a analizar qué tipo de test de proporcionalidad debería realizar el TEDH, aunque me gustaría apuntar alguna idea a respecto. Según Iglesias, en atención a los requerimientos de la doctrina sustantiva del margen de apreciación, la labor del Tribunal “casaría bien con un test de proporcionalidad atenuado respecto al que podría emprender un órgano judicial nacional” (2012:14). Me parece, sin embargo, que el análisis de proporcionalidad que introducen las cláusulas de acomodación de algunos artículos del Convenio, exigen al Tribunal que emprenda tal análisis teniendo en cuenta el marco europeo. En este sentido, entiendo que el tipo de control de proporcionalidad a realizar por el Tribunal debería tomar necesariamente en cuenta variables como el consenso europeo alcanzado en la materia, las relaciones entre los Estados de la región en relación con la protección de otros derechos del Convenio —cuando esto fuese relevante— o los precedentes jurisprudenciales del propio Tribunal sobre la materia, entre otros. Una actividad de este tipo exigiría, desde mi punto de vista, un test de proporcionalidad equivalente al que pueden realizar las jurisdicciones constitucionales nacionales, pero que en este caso debería operar con un marco jurídico y social más extenso y necesariamente distinto.

25 Ver párrafos 247, 248 y 249 de la sentencia en relación con las obligaciones positivas del Estado.

26 Letsas afirma que cuando el TEDH hace referencia en sus decisiones al margen de apreciación lo hace en alguno de los dos sentidos siguientes. A veces, utiliza la noción en un sentido “estructural” del concepto, para aludir a los límites de la jurisdicción europea, es decir, para abstenerse de decidir en cuestiones respecto de las cuales se considera que las respectivas autoridades nacionales están “mejor posicionadas” para valorar las circunstancias en que se procede a una determinada regulación de los derechos. Otras veces, en cambio, el Tribunal utiliza la noción en un sentido “sustantivo” del concepto, para referirse a situaciones en las que procede realizar una interpretación jurídica a través, generalmente, de un análisis de proporcionalidad entre el alcance de un derecho y las posibles consideraciones colectivas que podrían limitarlo (2007:80-92). La distinción que realiza el autor me parece que lograr iluminar con bastante claridad el tipo de situaciones que se producen en los casos en los que el Tribunal utiliza el concepto sustancial de margen de apreciación, donde el concepto se utiliza de una forma especialmente distorsionada. En los casos en los que el Tribunal utiliza el concepto estructural de margen de apreciación, el alcance de la distinción resulta menos claro. Según el autor hay dos tipos de situaciones estructurales en las que el Tribunal suele entender que los Estados están en mejores condiciones para decidir: por un lado cuando entre los países de la región no exista consenso en relación con el mejor modo de proteger algún derecho en particular; y por otro lado cuando se trate de valorar circunstancias fácticas de especial relevancia política, como podría ser el caso de una situación de emergencia (2007: 91) —tal fue, por otra parte, el significado que en sus orígenes tuvo la doctrina del margen de apreciación, entendida como la vía para hacer posible la discrecionalidad de los Estados bajo circunstancias especialmente graves, como una emergencia nacional o incluso un escenario bélico (A. Thompson, 1994:379-380; sobre la extensión del uso de la doctrina del margen de apreciación por otros tribunales supranacionales, ver Shany, 2006). Sobre todo en el primer caso la distinción es poco clara. Al analizar el peso del consenso en las decisiones del Tribunal, Letsas concluye que en cualquier caso no es el consenso por sí solo el que puede avalar una nueva interpretación de los derechos, sino la interpretación que se realice de los mismos en el contexto normativo. Sin embargo, la ausencia de consenso bastaría por sí sola para diferir la necesidad de interpretación jurídica y daría vía libre para apelar al margen de apreciación, dejando que cada Estado decida al respecto. Si esto fuese así, el consenso no sería suficiente pero sí necesario para que el Tribunal emprendiera la tarea interpretativa. La pregunta pendiente, aunque no resulta relevante para el caso que se estudia en este trabajo, sería si solo cuando existe consenso debería el Tribunal adentrarse en la interpretación basada en derechos.

privada y familiar protegido en el art. 8 puede ser limitado en razón de consideraciones relativas a las convicciones morales del pueblo irlandés, y en este sentido debe concederse al Estado irlandés un amplio margen de apreciación. Más concretamente, el Tribunal estaría avalando que los derechos reproductivos de las mujeres como expresión del derecho a la vida privada y familiar protegido en el art. 8, pueden ser limitados a través de una legislación restrictiva del aborto, en nombre de consideraciones colectivas como son las convicciones morales de la mayoría, y que en su caso corresponde al Estado llevar a cabo tal limitación.

Pero como afirma Letsas, la doctrina del margen de apreciación por sí misma no resuelve la cuestión sustantiva pendiente de análisis a través de la ponderación, el juicio de proporcionalidad o el marco normativo capaces de dar cuenta del tipo de relación que se establece entre el derecho individual y las consideraciones colectivas. Lo único que haría la doctrina del margen de apreciación sería trasladar la decisión sobre la interpretación sustantiva pendiente, al ámbito de las instituciones democráticas nacionales, alegando que ellas se encuentran mejor posicionadas para decidir sobre la cuestión. Pero al hacer esto, el Tribunal parece pasar por alto que el caso llega a la jurisdicción europea precisamente porque las demandantes consideran que las instituciones democráticas nacionales se han excedido en la interferencia de los derechos individuales. Como afirma Letsas, “la ida del margen de apreciación por sí misma carece claramente de cualquier fuerza normativa que pueda ayudarnos a establecer cuál es la relación entre el derecho individual y el interés público”, no resuelve por tanto la cuestión sustantiva sobre la que se le pide al Tribunal que se pronuncie y la forma en que éste lo está utilizando revela una petición de principio (2007:86-87).

Si en lugar de devolver la cuestión al marco institucional de donde partió la demanda, el TEDH se hubiese embarcado en la necesaria interpretación sustantiva del conflicto planteado, tal vez habría podido realizar una lectura del art. 8 capaz de incluir bajo su protección el derecho al aborto como expresión de los derechos reproductivos de las mujeres, de su intimidad, su vida privada y familiar y, por tanto, de su capacidad de decisión. De ser así, habría podido también dar sentido y contenido moral y jurídico al consenso europeo existente en la materia e invocarlo en apoyo de tal interpretación.²⁷ Pero el Tribunal, claramente, no ha querido dar este paso.

SEGUNDO NUDO ARGUMENTAL: TUTELA DE LA OPCIÓN DE INFORMARSE Y VIAJAR AL EXTRANJERO (§ 239 Y SS)

La segunda cuestión importante que el Tribunal aborda es la relativa a si la intromisión en la esfera de intimidad de la mujer que, como ha dicho previamente, puede verse justificada con la aplicación de la doctrina del margen de apreciación —que legitima que en este caso el sentir del pueblo irlandés se refleje en dicha intromisión— estaría excediendo en este caso los límites del margen de apreciación. Según el Tribunal, como hemos dicho más arriba, no se verifica tal exceso en relación con lo establecido por el Artículo 8 del Convenio sobre el derecho a la intimidad, pero el exceso podría provenir de la vulneración de otros derechos.

²⁷ Algunos autores han entendido que un pronunciamiento de este tipo, debería involucrar necesariamente una toma de posición sobre el alcance del derecho europeo en materia de derechos fundamentales, declarando en el caso concreto el derecho al aborto en el marco de los derechos reproductivos de las mujeres como derechos fundamentales. Sin embargo, en el caso de la UE, su propia estructura jurídico-política basada desde sus orígenes en la protección de un espacio económico común, impide que se pueda dar este paso, al tiempo que admite importantes desencuentros entre sus miembros en materia de protección de derechos humanos. Ver Miller (1999: 406-410).

En este punto el Tribunal introduce la siguiente afirmación:

“Del extenso, complejo y sensible debate que ha tenido lugar en Irlanda (...) en lo relativo al contenido de su legislación sobre aborto, ha surgido una elección. El derecho irlandés prohíbe el aborto en Irlanda por razones de salud y bienestar pero permite a las mujeres que se encuentren en la posición de la primera y la segunda demandante, que deseen realizar un aborto por dichas razones (...) la opción de viajar legalmente a otro Estado para realizarlo.” (§ 239)

Efectivamente, las enmiendas a la Constitución irlandesa introducidas en 1992 como consecuencia de los referéndums en los que las respectivas propuestas fueron aceptadas por amplias mayorías, garantizan que no se limitará ni la libertad de viajar a otro Estado, ni la libertad de obtener o proporcionar información sobre los servicios legalmente disponibles en otros Estados.

Conviene aquí hacer un paréntesis para entender mejor el contexto nacional y europeo en el que Irlanda llega a la introducción de las enmiendas constitucionales que garantizan el derecho a la información y el derecho a la libre circulación de las personas en relación con el aborto. En este contexto resulta relevante la intervención de instituciones de la Unión Europea (UE) que de diferentes maneras entraron oportunamente en diálogo con el Estado irlandés.

Hacia finales de la década de los 80, los tribunales irlandeses se enfrentaron con el caso *Society for the Protection of the Unborn Child (SPUC.) v. Grogan*, en el que se acusaba a un grupo de estudiantes de distribuir información sobre abortos en el extranjero. Se produjo entonces un cruce en las resoluciones al respecto por parte de distintas instancias judiciales irlandesas. Por un lado, el Alto Tribunal (*High Court*)²⁸ entendió que no había en dicho caso un delito de asistencia o colaboración para la realización de un aborto y elevó una consulta ante el Tribunal Europeo de Justicia (TEJ) para que se pronunciase sobre el mismo. Por otro lado, mientras estaba aún pendiente el pronunciamiento del TEJ, el caso fue recurrido en apelación ante el Tribunal Supremo (*Supreme Court*), que además de pronunciarse en contra del fallo del Alto Tribunal, afirmó que la cuestión no revestía importancia para el derecho europeo y que, por tanto, no correspondía recurrir a la jurisdicción europea (Miller 1999:201-202).

El TEJ, por su parte, al pronunciarse sobre el caso,²⁹ afirmó que las prácticas médicas vinculadas al aborto en los países en los que se trata de una actividad legal, están configuradas como una actividad profesional, un “servicio” según lo dispuesto por el Art. 60 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE). Aunque el TEJ afirmó también que no estaba dentro de su competencia el pronunciarse sobre la forma en que se aplican los derechos fundamentales en cada uno de los países miembros,³⁰ no dejó lugar a dudas sobre la necesidad de proteger la libertad de información respecto de las actividades, prácticas profesionales o servicios legales ofrecidos por Estados miembros (Miller 1999:403).

Tanto es así que al momento de suscribir el Tratado de Maastricht, Irlanda introdujo también el Protocolo N° 17, de febrero de 1992, en los siguientes términos:

“Nada en el Tratado sobre Unión Europea, o en los tratados que establecen las Comunidades Europeas, o en los Tratados o Leyes que modifican o complementan tales tratados, afectará la aplicación en Irlanda del artículo 40.3.3 de la Constitución de Irlanda.”

28 Ver nota 4 a pie de página.

29 Caso 159/90 *Society for the Protection of the Unborn Child (Ireland) v. Grogan and Others* [1991] 3 C.M.L.R. 849.

30 En relación con los derechos fundamentales del Derecho de la Unión Europea, se ha señalado que a falta de una Carta de Derechos Fundamentales con un catálogo de derechos humanos, los derechos de la UE tienen el estatus de fundamentales en la medida en que sirven a la realización de los objetivos del Tratado de la CEE, y éste sería el sentido en el que el TEJ interpreta el derecho a la información en *SPUC v. Grogan*. Ver D. R. Phelan (1992:677-678).

A partir de la alerta que el Protocolo 17 introdujo en las relaciones entre Irlanda y la UE en relación con posibles futuras limitaciones de derechos, también en 1992 las Partes Contratantes firmaron la Declaración sobre el Derecho de Acceso a la Información. Aunque la declaración no afectó el alcance del Protocolo 17, dejó a salvo, sin embargo, tanto la libre circulación de las personas entre los Estados miembros de la Unión, como el derecho a la información en los mismos términos en que se había pronunciado el TEJ.³¹

Asimismo, y como consta también en la sentencia del TEDH que estamos analizando, Irlanda solicitó como condición para la aprobación del Tratado de Lisboa —que tendría lugar tras la celebración de un segundo referéndum en 2009—, una Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno de todos los miembros de la UE,³² garantizando que lo establecido en dicho Tratado no alteraría el alcance del art. 40.3.3 de la Constitución irlandesa:

“Nada en el Tratado de Lisboa que atribuye estatus legal a la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, o en lo previsto por dicho Tratado en el ámbito de libertades, seguridad y justicia, afecta en modo alguno el alcance y aplicación de la protección del derecho a la vida del Artículo 40.3.1, 40.3.2 y 40.3.3... establecido por la Constitución de Irlanda.”

Tal vez resulte claro hoy, que un escenario legislativo que prohibiese a las mujeres salir del país u obtener información sobre la legislación de otros Estados miembros de la UE acarrearía una vulneración del derecho de la Unión así como de derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, el recorrido hacia este reconocimiento por parte del Estado irlandés, estuvo cuidadosamente guiado por diversas instancias institucionales europeas. Poco antes de la inclusión de las mencionadas enmiendas a la Constitución irlandesa en 1992, el TEDH tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el caso *Open Door Counselling Ltd. and Dublin Well Woman Centre Ltd. v. Irlanda* [A, nº 246, 1992], en relación con dos Clínicas irlandesas de salud reproductiva a las que los Tribunales irlandeses les habían prohibido distribuir información sobre aborto. Aunque las demandantes enmarcaban sus alegaciones en los arts. 10 (libertad de expresión), 8 (vida privada y familiar) y 14 (no discriminación) del Convenio, el fallo del TEDH se centró en el art. 10. Este artículo tiene una redacción similar a la redacción del art. 8: en el primer inciso del artículo se describe el alcance del derecho en cuestión, mientras que en el segundo inciso se establecen las excepciones o restricciones que dicho derecho puede sufrir. En el caso del derecho a la información, el listado de límites o restricciones al derecho es aún más detallado y extenso que en el caso del derecho a la vida privada y familiar, y en ambos casos se contemplan limitaciones debidas a las necesidades de la sociedad democrática, específicamente en razón de las convicciones morales de la misma.

Pues bien, en el caso de *Open Door v. Irlanda*, el TEDH consideró que la restricción del derecho a la información basada en la protección del derecho a la vida del no nacido en conformidad con las convicciones morales del pueblo irlandés —como afirmaba el Gobierno de Irlanda— era desproporcionada. Entendió el Tribunal que la prohibición de proporcionar información sobre la posibilidad de abortos en el extranjero, resultaba una medida desproporcionada en relación con la protección de las convicciones morales del pueblo irlandés y la protección de la vida del no nacido.³³

A este antecedente jurisprudencial del TEDH, se suma el ya mencionado caso *SPUC v. Grogan* del TEJ, sobre la libertad de información en el marco de los Tratados de la UE y de los objetivos del espacio económico europeo, así como la también mencionada De-

31 Ver Miller (1999:405).

32 The Presidency Conclusions of the European Council of 11/12 December 2008 and of 18/19 July 2009. Ver sentencia, párrafos 101-103.

33 Para un análisis de la sentencia ver A. Thompson (1994:386-392).

claración sobre el Derecho de Acceso a la Información que quiere reforzar el compromiso de Irlanda con los Estados miembros de la UE para garantizar la libertad de movimiento entre los Estados así como la libertad de información. Todo esto sin duda coadyuvó para que Irlanda se encaminase decididamente hacia un establecimiento claro de la vigencia de estos derechos en el sistema jurídico irlandés y permite comprender el contexto en el que el Gobierno de Irlanda introdujo las enmiendas constitucionales 13 y 14. Sobre todo teniendo en cuenta que lo hizo no obstante la evidente contradicción que en términos morales acarrea la introducción de tales enmiendas, en la medida en que contradicen los fundamentos mismos de la normativa sobre aborto. Como afirman las demandantes en *A, B y C v. Irlanda*, la protección que el Estado irlandés quiere proporcionar a los no nacidos, pierde efectividad en la medida en que muchas mujeres optan por viajar a otros países para realizar un aborto. El mentado sustrato moral mayoritario de la legislación irlandesa, proveniente del sentir del pueblo irlandés, quedaría así vulnerado en la práctica.

Este trasfondo de Declaraciones y pronunciamientos por parte de las instituciones europeas ponen de manifiesto el firme propósito tanto de la UE como del Consejo de Europa de proteger contra cualquier limitación los derechos a la información y de movimiento, que promueven un espacio económico común de libre circulación, oferta y consumo de bienes y servicios, al tiempo que se permite a Irlanda restringir ampliamente el derecho a la vida privada y familiar, o derecho a la intimidad, a través de una cláusula constitucional como la del art. 40.3.3 de la Constitución irlandesa.³⁴

EL “EQUILIBRIO EQUITATIVO” Y LA NO DISCRIMINACIÓN

Más allá de las contradicciones del derecho irlandés en cuanto a los propósitos que quiere satisfacer a través de su legislación, resulta peculiar el análisis que el TEDH hace de la configuración legal irlandesa en materia de aborto. El Tribunal entiende que la garantía de los derechos de libertad de información y libertad de movimiento para salir del país y poder entonces realizar un aborto en los supuestos prohibidos en Irlanda, respalda o refuerza la capacidad de las demandantes para decidir, es decir, amplía las opciones de las mujeres.³⁵ Considera el Tribunal que Irlanda no excede el margen de apreciación acordado en relación con la protección de otros derechos, precisamente porque contempla la posibilidad de viajar al extranjero para realizar un aborto junto con la posibilidad de acceder a información y consejo médico:

“En consecuencia, teniendo en cuenta el derecho a viajar legalmente al extranjero para un aborto con acceso a la información y el cuidado médico adecuados en Irlanda, el Tribunal no considera que la prohibición de abortar en Irlanda por razones de salud y bienestar, basada en las profundas convicciones morales del pueblo irlandés sobre la naturaleza de la vida [...] y sobre la consecuente protección que debe acordarse al derecho a la vida del no nacido, exceda el margen de apreciación acordado en tal sentido al Estado irlandés. En tales circunstancias, el Tribunal considera que en Irlanda la prohibición impugnada logra un equilibrio equitativo entre el derecho de la primera y segunda demandantes al respeto de su vida privada y el derecho invocado en nombre de los no nacidos.” (§ 241)

Si entendemos bien la conclusión del Tribunal sobre el “equilibrio equitativo” que alcanzaría el Estado irlandés a través de su legislación sobre aborto, tal equilibrio es-

34 En palabras de Miller, “La política de Irlanda en materia de aborto trata los derechos reproductivos de las mujeres como si no fuesen merecedores de la protección de los derechos humanos. Si tal derecho para las mujeres no existe en Irlanda, en consecuencia no hay nada que proteger. (1999:409).

35 Como afirma Wicks, lo que se entiende como una “hipocresía” que permite a Irlanda llegar a un cierto compromiso, se transforma para el TEDH en una garantía de protección del derecho a la intimidad (2011:563).

taría basado precisamente en que no se vulneran los derechos a la información y libre circulación de las demandadas, toda vez que se les reconoce el derecho a informarse sobre la legislación extranjera y viajar al extranjero. Merece la pena detenerse a analizar el alcance del supuesto equilibrio. El art. 40.3.3 de la Constitución irlandesa establece la igualdad entre la mujer y el no nacido en lo que se refiere al derecho a la vida: “El Estado reconoce el derecho a la vida del no nacido y, con la debida consideración al mismo derecho a la vida de la madre [...]”. Sin embargo, al analizar el conflicto más allá del derecho a la vida, el Tribunal reconoce que la madre cuenta con otros derechos cuya vulneración podría estar prohibida en los términos del Convenio. El derecho a la intimidad, dice el Tribunal, puede admitir recortes, pero dichos recortes no podrían ir tan lejos como para cercenar el derecho a la información o el derecho a la libertad de movimiento. Pero sucede que en el marco del art. 40.3.3, al garantizar estos últimos derechos, resulta inevitable ponerlos en relación con la realización de un aborto: la mujer embarazada tiene derecho a informarse sobre la legislación de otros Estados en materia de aborto y a viajar a otros Estados para realizar un aborto. Nótese que tanto el derecho a informarse como el derecho a viajar al extranjero van ligados a la finalidad de conocer las posibilidades de realización de un aborto y de viajar para realizar un aborto, respectivamente. De manera que el conjunto de derechos garantizados a la mujer debilitan el derecho garantizado al no nacido hasta el punto de permitirle a la primera interrumpir el embarazo y, en consecuencia, poner fin a la vida del no nacido.

Todo lo anterior parece dar cuenta de un largo recorrido “espacial o geográfico” —que en los casos analizados en la sentencia va desde Irlanda a Inglaterra— para que los derechos de la mujer puedan verse garantizados, eso sí, no todos dentro de la misma jurisdicción. Es decir que Irlanda alcanza el “equilibrio equitativo” entre derechos que menciona la sentencia a costa de desplazar el ejercicio de dichos derechos a otros Estados. Esto equivale a hacer descansar la efectividad de un derecho en el marco legal y la jurisdicción de otro país. En verdad, para ser consecuente con la protección supuestamente garantizada, el Estado irlandés debería ir más allá y subvencionar los viajes al extranjero, si no quiere incurrir en trato discriminatorio, toda vez que las mujeres que no cuenten con la posibilidad de viajar, por ejemplo por carecer de medios económicos, verían entonces sí cercenados sus derechos en los términos del art. 8 del Convenio.

En este sentido, los efectos discriminatorios de las restricciones impuestas en la legislación sobre aborto han sido señalados en diversas oportunidades. Sin ir más lejos, la sentencia del TEDH en análisis consigna las apreciaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (“PACE”) al respecto: “[...] La Asamblea manifiesta su preocupación sobre el hecho que [...] se impongan numerosas condiciones que restringen el acceso a unos servicios en materia de aborto que sean seguros, económicamente accesibles y adecuados. Estas restricciones tienen efectos discriminatorios, ya que las mujeres que están bien informadas y poseen medios económicos adecuados pueden conseguir abortos legales y seguros más fácilmente” (§ 108).

La sentencia reconoce que la opción de viajar al extranjero entraña un coste económico que representa una “carga significativa” en el caso de la primera demandante y un “gasto considerable” para la segunda y tercera demandantes (§ 128). No vincula sin embargo estos hechos con consecuencias discriminatorias.

La sentencia también cita las observaciones remitidas por organizaciones como *Doctors for choice* y el *British Pregnancy Advisory Service*. Entre otras numerosas cuestiones, estas organizaciones señalan cómo las restricciones de la legislación irlandesa en materia de aborto pueden llegar a ser enormemente discriminatorias para las mujeres inmigrantes que, en caso de poder acceder a los medios económicos para viajar al extran-

jero, tienen que solicitar los correspondientes documentos que les permitan viajar para realizar un aborto, todo lo cual vulnera visiblemente su derecho a la intimidad (§ 121).

En definitiva, el difícil equilibrio entre derechos que el Tribunal pretende salvaguardar parece quedar en entredicho, precisamente porque nos encontramos en el ámbito de una jurisdicción regional que no puede pasar por alto las importantes cuotas de integración que existe entre sus miembros. Se hace imposible para el Tribunal calibrar la debida protección de los derechos teniendo en cuenta solo el ámbito nacional. En otras palabras, el contexto europeo fuerza al Tribunal a tener que considerar la medida en que se garantiza el ejercicio de un conjunto de derechos (intimidad, información, movimiento) que están imbricados unos con otros, y para cuyo ejercicio los ciudadanos disponen de un ámbito de protección que trasciende la esfera nacional. Todo esto pone de relieve las inconsistencias señaladas.

Para concluir, como señala el voto disidente, las demandantes cuestionan la legislación irlandesa en materia de aborto en la medida en que no les permite realizar un aborto legal “en su país”, no en el extranjero donde, como demuestran los hechos, pueden realizarlo. Tener que abandonar su país de residencia para acceder al aborto legal comporta una serie de problemas no solo económicos sino de índole muy variada: desplazamiento en situación de vulnerabilidad o malestar físico debido al embarazo; alejamiento del ámbito geográfico en el que la mujer podría sentirse más segura y cómoda para llevar a cabo el aborto; alejamiento del círculo familiar o de amistades que podrían servir de contención material o afectiva en el momento de llevar a cabo el aborto; etc.³⁶ De manera que, prosigue el voto disidente, el TEDH no aborda cabalmente la cuestión planteada en relación con “la interferencia en la vida privada de las demandantes como resultado de la prohibición de abortar en Irlanda” (§ 8).

TERCER NUDO ARGUMENTAL: LA INSEGURIDAD JURÍDICA QUE GENERA EL ORDENAMIENTO IRLANDÉS EN MATERIA DE ABORTO

El caso de C, la tercera demandante, presenta una situación diferente respecto de las otras dos demandantes, ya que configura un supuesto en el que dadas las circunstancias podría haber existido riesgo para la vida de la mujer embarazada.

Siempre en el marco del Artículo 8 del Convenio, el TEDH analiza la situación de la tercera demandante con miras a establecer si se ha producido un incumplimiento por parte del Estado irlandés de su obligación positiva de “proporcionar un procedimiento efectivo y accesible que permita a la tercera demandante establecer su derecho a un aborto legal en Irlanda asumiendo así el debido respeto a los intereses garantizados por el Artículo 8 del Convenio” (§ 246).

La cuestión a dilucidar es la relativa al alcance de la garantía de respeto de la vida de la madre establecida en la primera parte del artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa:

“El Estado reconoce el derecho a la vida del no nacido y, con la debida consideración al mismo derecho a la vida de la madre, garantiza en sus leyes el respeto y, en la medida de lo posible, la defensa y vindicación de dicho derecho a través de sus leyes.”

³⁶ En relación con la necesidad de desplazarse geográficamente para poder llevar a cabo un aborto, resulta interesante el análisis de C. Sethna y M. Doull (2009), quienes estudian el alcance del derecho al aborto en Canadá, a la luz del concepto de autonomía en el marco de la bioética. Las autoras llegan a la conclusión que los diversos obstáculos que el derecho al aborto puede encontrar en el camino de su realización —entre los que figuran la necesidad de viajar a una ciudad o Estado distintos del de la propia residencia— minan sustancialmente la autonomía de las mujeres, bajo la apariencia de preservar el derecho a decidir (2009:175).

Afirma el TEDH que el margen de apreciación del Estado para establecer su legislación sobre aborto es amplio, pero que una vez que dicha legislación ha sido fijada, los cauces para salvaguardar los intereses en cuestión deben ser claros (§ 249).

El problema se presente al momento de establecer las vías por las cuales la demandante podría haber tenido conocimiento respecto de si su situación constituía un supuesto de aborto legal en Irlanda. Recordemos que C padecía una forma particular de cáncer que comportaba la posibilidad que ante un embarazo su situación pudiese agravarse, con la incertidumbre añadida de si en el marco de la legislación irlandesa se le hubiese permitido abortar. Según lo alegado por el Gobierno irlandés, el cauce para dilucidar la situación era acudir a la consulta médica en la que los profesionales médicos tendrían que haber determinado los extremos del caso. Sin embargo, el Tribunal considera que dicho procedimiento es insuficiente.

La norma constitucional deja abierta la posibilidad del aborto en aquellos casos en los que, como ha establecido el propio Tribunal Supremo irlandés en el ya mencionado “caso X”,³⁷ “se establezca la probabilidad de que haya un riesgo real y sustancial para la vida de la madre, como un supuesto distinto al del riesgo para la salud, incluido el riesgo de autolesiones, que solo puede ser evitado mediante la interrupción del embarazo” (§ 253). Sin embargo, afirma el TEDH que la norma constitucional no ha sido suficientemente desarrollada a través de una legislación o jurisprudencia claras que establezcan los supuestos en los que tal riesgo para la vida de la madre estaría presente. Y por tanto tampoco los profesionales médicos cuentan con criterios claros para establecer dicho riesgo en los casos particulares, lo cual, sumado a las severas penas contempladas para los delitos relacionados con el aborto, crea una situación altamente disuasoria para los médicos al momento de diagnosticar situaciones en las que pudiese estar contemplado un aborto legal.³⁸

La segunda vía que señala el Gobierno irlandés para dirimir la cuestión es la judicial, es decir, la demandante podría haber iniciado una causa judicial en Irlanda con vistas a que se dilucidara si su situación estaba o no contemplada por el art. 40.3.3 de la constitución como un supuesto de aborto legal. Sin embargo, el TEDH no considera que la jurisdicción constitucional sea el ámbito adecuado para determinar “si una mujer cumple con los requisitos fijados para la realización de un aborto legalmente permitido en un Estado” (§ 258). Como consecuencia de todo esto, se afirma que:

“El Tribunal considera que la inseguridad generada por la falta de implementación legal del Artículo 40.3.3 y en particular por la falta de procedimientos efectivos y accesibles para establecer el derecho al aborto consignado en dicha norma, ha resultado en una evidente discordancia entre el teórico derecho a un aborto legal en Irlanda sobre la base de un importante riesgo para la vida de la mujer y la realidad de su implementación práctica [...]” (§ 264).

En conclusión, el TEDH considera que el Estado irlandés no ha cumplido con su obligación positiva de garantizar el respeto al derecho a la intimidad de la tercera demandante, por no haber implementado la regulación legal de los supuestos de aborto permitidos en el marco de la norma constitucional, violando en consecuencia el Artículo 8 del Convenio.

37 Ver nota 2 a pie de página.

38 Ver parágrafo 254 de la sentencia.

ALGUNAS CONCLUSIONES

De la totalidad de la sentencia analizada, podemos ver que el TEDH hace una única concesión en relación con las cuestiones planteadas. Tal concesión no se refiere a un reconocimiento sustancial en relación con el derecho al aborto, sino que se refiere a un requisito procesal relativo a la necesidad de desarrollo legal de un derecho garantizado en la Constitución. Por lo demás, el Tribunal en ningún lugar de la sentencia se ocupa del aborto en el contexto de los llamados derechos reproductivos de la mujer,³⁹ ni aborda la delimitación del mismo como parte constitutiva del derecho de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo o a tomar decisiones sobre su vida privada o familiar.

Tampoco da lugar la sentencia a consideraciones relativas a la negación del derecho al aborto desde la perspectiva de la discriminación, bajo el artículo 14 del Convenio. En este sentido, algunos organismos internacionales han considerado la negación de acceso al aborto legal como una cuestión de discriminación contra las mujeres que limita su autonomía reproductiva y repercute en su capacidad para desarrollar aspectos de su vida como la educación, el trabajo y la participación pública en general.⁴⁰

En definitiva, la única aproximación en términos de derechos individuales de las mujeres que realiza el Tribunal es a través del análisis del derecho a la intimidad, para pasar rápidamente a considerar que no se vulneran ni las exigencias de legalidad ni los límites que a dicho derecho imponen otras consideraciones como las relativas a la moral pública.

Tal vez, como he querido señalar en este trabajo, la posición mantenida por el TEDH deba ubicarse en un contexto más amplio de interpretación, en el que entrarían cuestiones de política jurídica en relación con la importancia o la urgencia que para las distintas instancias institucionales del ámbito europeo tienen los derechos reproductivos como derechos que merecen protección en el marco de los derechos humanos. Las consideraciones expuestas en relación con la protección que el propio Estado irlandés se ve forzado a reconocer a otros derechos humanos (información y libertad de movimiento) en contradicción con el estatus constitucional que otorga al derecho a la vida del no nacido, revelan una inconsistencia tanto en el ámbito nacional como europeo que resulta difícil de fundamentar en términos jurídicos y morales.

Estas contradicciones de la sentencia hacen pensar que la decisión final del TEDH es el resultado no tanto de una interpretación conjunta y coherente de los derechos del Convenio afectados en el caso, como de un compromiso que va más allá de tal interpretación. La protección de la vida del no nacido, conjuntamente con la protección del derecho de la mujer de obtener información sobre aborto y de viajar al extranjero para obtener un aborto, apuntan a una tensión en el ordenamiento irlandés que no solo tiene un evidente alcance moral sino también jurídico. Una protección consecuente del derecho del no nacido debería ir acompañada de una limitación acorde del ejercicio de otros derechos que, como el derecho de la mujer a la información o el derecho a viajar, ponen en peligro el bien jurídico protegido con la primera disposición. Pero como hemos señalado más arriba, Irlanda se ve empujada por diversas circunstancias a ceder en lo que respecta a la restricción de algunos de los derechos involucrados. En cuanto al TEDH, no parece dispuesto a afirmar que el Art. 2 del Convenio (derecho a la vida) proporcione protección al derecho a la vida del no nacido, pero, por otra parte, tampoco está dispuesto a evitar que Irlanda confiera tal protección. Por esta razón, prefiere realizar una *interpretación débil del Art. 8* (derecho a la vida privada y fami-

39 Ver Londono (2013:101).

40 Ver Londono (2013:114).

liar), permitiendo que las convicciones morales del pueblo irlandés sean consideradas contrapesos legítimos, capaces de limitar el conjunto de derechos contenidos en tal artículo 8 –derecho a la intimidad que en este caso se traduce principalmente en los derechos reproductivos de las mujeres, el derecho a decidir sobre su propio cuerpo, su capacidad de autonomía. Sin embargo, y como afirmara ya en *Open Door v. Irlanda*, el Tribunal mantiene una *interpretación fuerte del Art. 10* (libertad de expresión-información), que no admite restricciones provenientes de las convicciones morales del pueblo irlandés, y que lleva al propio Tribunal a insistir, en *A, B y C v. Irlanda*, en la protección debida a tal derecho, incluso a costa de incurrir en graves inconsistencias cuando esta protección fuerte se relaciona con la protección más débil de los derechos protegidos en el Art. 8. Si además, a esta interpretación conjunta de los arts. 8 y 10 del Convenio se le suma el marco europeo de consenso entre los países de la región en relación con la legislación sobre aborto y la existencia de un espacio jurídico y económico común, las inconsistencias se agravan.

Para terminar, me parece que merece la pena reflexionar sobre el tipo de avance que sería deseable esperar de la jurisprudencia del TEDH. Si como el propio Tribunal adelanta, no fuese posible resolver el problema del aborto sin resolver cuestiones relativas a la fundamentación moral de los derechos comprometidos, entonces parece que recursos doctrinales como el margen de apreciación de los Estados poco contribuyen a que se pueda avanzar en la resolución de tales cuestiones. Solo una jurisprudencia que se adentrase en los conflictos morales que subyacen a la adjudicación del derecho a la vida al no nacido en relación con los derechos de la mujer, podría ofrecer mayor coherencia tanto en la interpretación como en la aplicación de los derechos humanos en el ámbito europeo. Desde mi punto de vista, un enfoque de este tipo permitiría al TEDH virar en su argumentación y encaminarse hacia una *interpretación fuerte del Art. 8*, una interpretación que entendiéndose que el derecho a la vida privada y familiar de la mujer es inescindible del derecho a decidir sobre su vida reproductiva como parte de “un aspecto sumamente íntimo de la vida privada”.⁴¹ Como hiciese en relación con la protección de otros aspectos de la vida privada de las personas —*Dudgeon v. Reino Unido*—, el Tribunal podría entonces reconocer que los derechos reproductivos de la mujer y el acceso al aborto forman parte de un aspecto tan exclusivamente privado de las personas que el margen de apreciación del Estado se vería necesariamente reducido y las convicciones morales de la sociedad necesariamente postergadas. En otras palabras, el derecho al aborto solo podrá ser reconocido por el Tribunal en la medida en que éste pueda abordar la interrupción del embarazo como una opción exclusiva de las mujeres, que se refiere a un aspecto de su vida privada y familiar que merece ser protegido, al tiempo que decaen las consideraciones relativas a la moral colectiva.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVAREZ, Silvina (2002). “La autonomía personal”, en E. Díaz y J. L. Colomer (eds.), *Estado, Justicia, Derechos*, Madrid, Alianza, pp. 153-175.
- ALVAREZ, Silvina (2009). “Pluralismo moral y conflictos de derechos fundamentales”, *DOXA*, nº 31, pp. 21-54.
- ALVAREZ, Silvina (2014). “El umbral de autonomía. La concepción relacional y la construcción de las opciones”, en Liborio Hierro (editor), *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Madrid, Marcial Pons.
- DWORKIN, Ronald (1993). *Life's Dominion An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*, Alfred A. Knopf, New York.

41 Ver Thompson 1994:398-399.

- FINNIS, John (1973). "The Rights and Wrongs of Abortion: A Reply to Judith Thomson", *Philosophy and Public Affairs*, 1, pp. 47-66.
- IGLESIAS VILA, Marisa (2012). "La jurisprudencia del TEDH y el crucifijo en las aulas: Hacia una concepción sustantiva de la doctrina del margen de apreciación", borrador provisional presentado en el seminario del Área de Filosofía del derecho de la UAM.
- KAMM, Frances (1992). *Creation and Abortion. A Study in Moral and Legal Philosophy*, Oxford University Press.
- LETSAS, George (2007). *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press.
- LONDONO, Patricia (2013). "Redrafting abortion rights under the Convention: A, B and C v. Ireland" en Eva Brems (ed.), *Diversity and European Human Rights*, Cambridge University Press.
- MACKENZIE, Catriona (1992). "Abortion and Embodiment", *Australian Journal of Philosophy*, 70, pp. 136-155.
- McMAHAN, Jeff (2002). *The Ethics of Killing. Problems at the Margins of Life*. Oxford University Press.
- MILLER, Peta-Gaye (1999). "Member State Sovereignty and Women's Reproductive Rights: The European Union's Response", *Boston College International and Comparative Law Review*, 22, pp. 195-212.
- PHELAN, Diarmuid Rossa (1992). "Right to Life of the Unborn v Promotion of Trade in Services: The European Court of Justice and the Normative Shaping of the European Union", *The Modern Law Review*, 55:5, September 1992, pp. 670-689.
- PHILLIPS, Anne (2011). "It's My Body and I'll Do What I Like With It: Bodies as Objects and Property", *Political Theory*, n° 39 (6), pp. 724-728.
- PHILLIPS, Anne (2013). *Our bodies, whose property?*, Princeton University Press, New Jersey.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (1990). *El aborto: problemas constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- SETHNA, C. y M. Doull (2009). "Journeys of Choice? Abortion, Travel, and Women's Autonomy", en S. J. Murray y D. Homes (eds.), *Critical Interventions in the Ethics of Healthcare*, Ashgate, Surrey, England.
- SHANY, Yuval (2006). *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? The European Journal of International Law* Vol. 16 no.5
- THOMSON, Judith Jarvis (1971). "A Defense of Abortion", *Philosophy & Public Affairs*, 1, pp. 47-66.
- THOMPSON, Angela (1994). "International Protection of Women's Rights: An Analysis of *Open Door Counselling Ltd. And Dublin Well Woman Centre v. Ireland*", *Boston University International Law Journal*, 371, pp. 371-406.
- WARREN, Mary Anne (1989). "The Moral Significance of Birth", *Hypatia*, 4, pp. 46-65.
- WERTHEIMER, Roger (1974). "Understanding the Abortion Argument", en *The Rights and Wrongs of Abortion*, M. Cohen, T. Nagel y T. Scanlon (eds.), Princeton University Press, New Jersey.
- WICKS, Elizabeth (2011). "A, B C v Ireland: Abortion Law under the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review* 11:3 (pp. 556-566).
- ZAMPAS, C y J. M. Gher (2008). "Abortion as a Human Right — International and Regional Standards", *Human Rights Law Review* 8:2 (pp. 249-294).

CUESTIONES DE ORDENAMIENTO JUDICIAL

SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS JUECES EN ESPAÑA

José Miguel GARCÍA MORENO

I. INTRODUCCIÓN: LA TENSION ENTRE LA INDEPENDENCIA Y LA RESPONSABILIDAD JUDICIALES

Las particularidades del estatuto profesional y de la función ejercida por los jueces determinan la existencia de un régimen especial de responsabilidad civil respecto del que no resultan de aplicación las normas generales del derecho de daños, ni siquiera aquéllas que regulan genéricamente la responsabilidad civil de los funcionarios públicos. En general, se distingue dos perspectivas en el tema de la responsabilidad civil de los jueces. De un lado, la responsabilidad judicial en sus diversas facetas (civil, penal y disciplinaria) se configura como una de las notas características del estatuto del juez en los sistemas jurídicos acomodados a la idea de Estado de derecho, junto a la independencia, la inamovilidad y la sujeción a la ley. Esta perspectiva del fenómeno vendría a poner el acento en la incidencia que la responsabilidad del juez tiene en relación con la independencia judicial, en la configuración del Poder Judicial como uno de los poderes del Estado y en el ejercicio de la función jurisdiccional por los titulares de dicho poder. Por otro lado, existe una clara dimensión de derecho privado en la institución, que contempla la misma desde la perspectiva de la garantía del derecho de los ciudadanos al rescimiento de los daños injustos derivados de la actuación judicial incorrecta¹.

La Constitución española de 1978 (en adelante, CE) no es ajena a esa doble perspectiva del fenómeno de la responsabilidad civil del juez. Así, el art. 117.1 CE dispone que «la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independiente, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley»; mientras que el art. 121 CE contiene una referencia expresa a la responsabilidad del Estado-juez (esto es, del Estado en cuanto titular y responsable de la Administración de Justicia), al establecer que «los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo

¹ La existencia de esos dos planos o perspectivas ha sido puesta de relieve por P. Andrés Ibáñez, *Tercero en Discordia. Jurisdicción y Juez del Estado Constitucional*, Trotta, Madrid, 2015, pp. 377-378. Este autor destaca la tesis de Luigi Ferrajoli quien propugna la disociación de ambos planos, de forma que el de la compensación del daño corriera a cargo del Estado y el de la exacción de la responsabilidad discurriera por la vía disciplinaria.

del Estado, conforme a la Ley». En general se puede decir que la doctrina española ha destacado la correlación intrínseca que existe entre los valores de independencia y responsabilidad judiciales (mencionados ambos en el art. 117.1 CE), hasta el punto de afirmar que la responsabilidad es la contrapartida o la otra cara de la moneda de la independencia judicial². Ambos principios constitucionales vendrían a fijar los contornos de la función jurisdiccional en el marco del Estado constitucional de derecho, ya que la independencia judicial sin ningún tipo de responsabilidad puede llegar a asimilarse a la arbitrariedad, por lo que se impone un justo equilibrio entre los dos valores que evite que el Poder Judicial actúe al margen del sometimiento a la ley y sin ningún tipo de control.

Aun sin dejar de reconocer la estrecha vinculación entre la independencia y la responsabilidad judiciales creo que no cabe negar la existencia de un espacio de tensión entre ambos valores: es indiscutible que la exigencia de salvaguarda de la independencia judicial opera como justificación del régimen especial que afecta a la responsabilidad civil de los titulares del Poder Judicial, y en este sentido no cabe ignorar que el incremento del ámbito responsabilidad de los jueces es determinante de la correlativa disminución del espacio de independencia. La exacerbación del régimen de responsabilidad (civil y de otra naturaleza) de los integrantes del Poder Judicial puede traer consigo una inaceptable limitación de la libertad de actuación de éstos en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, al verse sometidos a una presión difícilmente conciliable con el alto grado de autonomía de la magistratura que es deseable en los sistemas jurídicos conformados como Estados constitucionales de derecho y en los que rige el principio de separación de poderes. A este respecto creo que no puede desconocerse que la independencia judicial no constituye un privilegio personal de los jueces, sino que se configura como una auténtica garantía a favor de los ciudadanos, cuyos derechos y libertades son tutelados por los titulares del Poder Judicial en aplicación de la ley, y que además está claramente ligada al principio de imparcialidad judicial del que es presupuesto inexcusable. Esta consideración sobre el fundamento de la independencia judicial adquiere especial relevancia hoy en día si se tiene presente el protagonismo que ha adquirido el Poder Judicial durante la segunda mitad del siglo XX y en el siglo XXI en la configuración del Estado constitucional de derecho, al haberse atribuido a dicho poder del Estado el control de la legalidad de la actuación de los poderes públicos, la tutela de los derechos y libertades de los ciudadanos y, en definitiva, la condición de garante de la efectiva aplicación del ordenamiento jurídico, incluida la Constitución, cuya supremacía normativa también garantiza.

La existencia de ese espacio de tensión entre los valores de independencia y responsabilidad judiciales se ha visto reflejada en algunos documentos internacionales en los que se tratan algunos aspectos determinantes del estatuto judicial. Así, en el Informe nº 3 (2002) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos (en adelante, CCJE), vinculado al Consejo de Europa, sobre los principios y reglas que rigen los imperativos profesionales aplicables a los jueces y especialmente la deontología, los comportamientos incompatibles y la imparcialidad³, se señala expresamente que «como corolario de los poderes y

2 Puede verse, por ejemplo, E. Jauralde Morgado, «La responsabilidad del juez», en *Poder judicial*, junio, 1982, n.º 3, p. 15; C. Movilla Álvarez, «Responsabilidad del juez», en *Poder judicial*, n.º especial V, pp. 159-161; J. Montero Aroca, «Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del poder judicial», Tecnos, Madrid, 1988, pp. 24 ss.; y en «Independencia y responsabilidad del Juez». Cuadernos Civitas, Madrid, 1990, p. 94

3 Este informe está disponible en la página web del CCJE ([https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE\(2002\)OP3&Language=lanSpanish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE(2002)OP3&Language=lanSpanish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3)).

El CCJE se constituyó en cumplimiento de la Resolución N° 1 sobre medidas para reforzar la independencia e imparcialidad de los jueces en Europa, adoptada por la XXII Conferencia de Ministros de Justicia Europeos, que tuvo lugar en Chisinau (Moldavia) los días 17 y 18 de junio de 1999. En dicha resolución se acordó la adopción de un programa de acción global para el fortalecimiento del papel de los jueces y el establecimiento, dentro del Consejo de

de la confianza que la sociedad confiere a los jueces deberían existir algunas vías para considerarlos responsables, e incluso cesarlos en sus cargos, en los supuestos de un comportamiento incorrecto de tal gravedad como para justificar esa medida», pero se matiza dicha conclusión indicando que «conviene ser prudente a la hora de reconocer tal responsabilidad, ya que la independencia y la libertad de la magistratura han de ser preservadas ante cualquier presión indebida» (§ 51). En relación con la cuestión específica de la responsabilidad civil judicial, dicho informe indica que:

«como principio general los jueces deberían quedar absolutamente libres de cualquier responsabilidad civil personal frente a las reclamaciones directamente formuladas contra ellos y relativas al ejercicio de buena fe de sus funciones. Los errores judiciales en materia de competencia o de procedimiento, en la determinación o la aplicación del derecho o en la valoración de las pruebas, deberían poder ser objeto de un recurso. Las otras deficiencias en la actuación de los jueces que no pueden ser corregidas por esta vía (incluyendo, por ejemplo, las dilaciones excesivas) deberían, como mucho, dar lugar a una reclamación del justiciable descontento frente el Estado» (§ 55).

En el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, los Principios Básicos de la Independencia del Poder Judicial⁴ al tratar el tema de la inmunidad profesional disponen que:

«sin perjuicio del procedimiento disciplinario o del derecho al recurso o a la indemnización a cargo del Estado, de acuerdo con el derecho nacional, los jueces deberían disfrutar de inmunidad personal frente a las demandas civiles exigiendo la reparación de perjuicios económicos por acciones u omisiones inapropiadas en el ejercicio de sus funciones judiciales» (§ 15).

De hecho, el enfoque de la cuestión relativa a la responsabilidad civil de los integrantes del Poder Judicial es uno de los muchos rasgos distintivos de los sistemas jurídicos continentales o de *civil law* respecto de los sistemas jurídicos angloamericanos o de *common law*, en los que opera el principio general de irresponsabilidad civil de los jueces por los daños ocasionados en el ejercicio de las funciones judiciales. Este principio de irresponsabilidad se suele asociar al sistema normal de acceso a la judicatura en estos ordenamientos jurídicos, en los que se selecciona como jueces a profesionales del derecho que ya se han formado en la práctica, generalmente en la profesión forense, pero que también pueden ser juristas universitarios, y en los que el ingreso en el cuerpo judicial se produce a una edad relativamente avanzada y se percibe como el reconocimiento del éxito obtenido en las actividades profesionales realizadas anteriormente. Así, en el ordenamiento jurídico de Inglaterra y Gales (que podría ser tomado como paradigma de los sistemas jurídicos de *common law*) rige una situación próxima a la inmunidad de los jueces por sus actuaciones profesionales, la cual es concebida como una consecuencia del principio de independencia judicial y tiene su origen histórico en la Ley de Composición de 1701 (*Act of Settlement 1701*), la norma de rango constitucional que

Europa, de un grupo consultivo compuesto por jueces, con la doble finalidad de prestar asistencia para la ejecución de las actividades concernientes a las prioridades identificadas en ese programa y de asesorar a los comités directivos en lo relativo a la actualización de los instrumentos jurídicos del Consejo de Europa. El CCJE se concibe como un órgano asesor del Comité de Ministros del Consejo de Europa, al que corresponde formular informes sobre las cuestiones atinentes a la independencia, la imparcialidad y la competencia profesional de los jueces, que puedan servir de base para la adopción de iniciativas comunes en el seno de dicho Comité. Todos los Estados miembros del Consejo de Europa están representados, con voz y voto, en el CCJE. Igualmente está prevista la participación, sin derecho a voto, de la Comisión Europea y el Consejo de la Unión Europea, así como de los países observadores y los países candidatos.

⁴ Estos principios fueron adoptados en el marco del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento de los Delincuentes (celebrado en Milán entre el 26 de agosto y el 6 de septiembre de 1985), y aprobados por las resoluciones de la Asamblea General nº 40/32, de 29 de noviembre de 1985 y 40/146, de 13 de diciembre de 1985.

consagró los principios de independencia judicial y de supremacía parlamentaria. En este ordenamiento jurídico una de las garantías asociadas a la independencia del Poder Judicial consiste en la irresponsabilidad de los jueces por las expresiones proferidas o actos ejecutados de buena fe en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales (*judicial immunity from suit*). Este principio opera de una manera absoluta respecto de los jueces de las categorías más elevadas (los magistrados del Tribunal Supremo del Reino Unido, los magistrados del Tribunal de Apelación y los magistrados del Tribunal Superior), aunque en el caso de las categorías inferiores de la judicatura inglesa (jueces territoriales y jueces de distrito) no es tan ilimitado, ya que estos últimos podrían llegar a resultar responsables civilmente en ciertas circunstancias por las acciones realizadas en exceso de su jurisdicción. La justificación del principio radica en la necesidad de asegurar a los titulares del Poder Judicial la posibilidad de expresar libremente sus puntos de vista en la definición e interpretación del derecho vigente, preservándolos de presiones externas, lo que, a la postre, redundaría en el afianzamiento de la independencia y del prestigio de la magistratura⁵.

En contraste, los ordenamientos de derecho continental (acomodados al denominado «modelo burocrático», caracterizado por la integración permanente de los jueces en un cuerpo funcional dentro del cual están llamados a hacer carrera mediante el desempeño de puestos de naturaleza y jerarquía diversas a lo largo de su vida profesional) admiten la responsabilidad civil del juez, pero de una forma restringida o limitada que implica notables particularidades respecto del sistema general de responsabilidad civil. La regulación de esta cuestión en **Italia** podría ser tomada como ejemplo del enfoque que adoptan los ordenamientos continentales. En Italia, el fundamento último de la responsabilidad civil de los jueces (esto es, la responsabilidad que asume el juez frente a las partes en el proceso u otros sujetos como consecuencia de eventuales errores o de la inobservancia de sus deberes en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales) se halla en el principio de responsabilidad reflejado en el art. 28 de la Constitución Italiana⁶, y es predicable igualmente de cualquier otro empleado o funcionario público.

Tradicionalmente la responsabilidad civil de los magistrados italianos era bastante limitada, ya que el art. 55 del Código Procesal Civil tan sólo la establecía en dos supuestos taxados: a) cuando el juez en el ejercicio de sus funciones hubiese incurrido en dolo, fraude o concusión; y b) cuando, sin motivo justificado, hubiese rechazado, omitido o retardado la resolución sobre una demanda o petición de las partes o, en general, la realización de una actuación de su ministerio. En todos estos casos era necesaria una autorización del Ministerio de Justicia para poder proceder contra el magistrado responsable.

Este sistema restrictivo de responsabilidad civil fue modificado como consecuencia del referéndum popular promovido en el año 1987, que determinó la derogación de aquel precepto y la aprobación de la Ley n° 117/1988, de 13 de abril, sobre «resarcimiento de los daños causados en el ejercicio de las funciones judiciales y responsabilidad civil de los magistrados»⁷ (Ley Vassalli). Esta última norma se ha visto puntualmente modifica-

5 Una aplicación práctica del principio general de inmunidad judicial aparece recogida en la sentencia del Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales en el caso *Sirros v. Moore* [1975] 1 QB 118, 133, 148. En esta resolución se concluyó que no se podía exigir responsabilidad civil al juez que había ordenado una detención no ajustada a derecho, al tratarse de una decisión adoptada de buena fe y en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Puede verse una exposición general del estatuto de los jueces en Inglaterra y Gales en mi trabajo, «Algunas notas sobre la judicatura en Inglaterra y Gales», en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, n° 65, julio 2009, pp. 119-137.

6 Según este precepto «los funcionarios y los dependientes del Estado y de los entes públicos son directamente responsables, de acuerdo con las leyes penales, civiles y administrativas, por los actos realizados en violación de derechos. En estos casos la responsabilidad civil se extiende al Estado y a los entes públicos».

7 Publicada en la Gaceta Oficial de 15 de abril de 1988. Al respecto de las circunstancias del proceso que desembocó en la aprobación de la ley como consecuencia del resultado del referéndum popular puede consultarse el

da, a su vez, por la reciente Ley n° 18/2015, de 27 de febrero, sobre la «disciplina de la responsabilidad civil de los magistrados»⁸, que amplía el ámbito de la responsabilidad.

La legislación vigente en Italia establece el principio en virtud del cual el ciudadano que ha sufrido un daño injusto como consecuencia del comportamiento, de la actuación o de la resolución de un magistrado o en el supuesto de denegación de justicia tiene derecho a reclamar del Estado el resarcimiento de los daños patrimoniales y no patrimoniales, cuando en el hecho se aprecie dolo o culpa grave por parte del magistrado. La ley se aplica «a todos los integrantes de las magistraturas ordinaria, administrativa, contable, militar y especiales, que ejercitan la actividad judicial, independientemente de la naturaleza de sus funciones, así como a las personas ajenas que participan en el ejercicio de la función judicial» (art.1.1). No obstante, los jueces populares o escabinos (*giudici popolari*) solo responden en caso de dolo (art. 7.3)⁹. La norma excluye que pueda dar lugar a responsabilidad en el ejercicio de las funciones judiciales “la actividad de interpretación de normas jurídicas o la de valoración del hecho y de las pruebas” (art. 1.2), pero sí establece dicha responsabilidad respecto de los daños injustos a consecuencia del comportamiento, acto o resolución de un magistrado en el ejercicio de sus funciones si mediare dolo, culpa grave o denegación de justicia (art. 1.1). Por culpa grave en el sentido de este texto legal ha de entenderse «la violación manifiesta de la ley así como del derecho de la Unión Europea, la tergiversación del hecho o de las pruebas, o la afirmación de un hecho cuya existencia resulte excluida de forma incontrovertible de las actuaciones del procedimiento, o la negación de un hecho cuya existencia resulte de forma incontrovertible de las actuaciones del procedimiento, o la adopción de una resolución cautelar personal o real fuera de los casos autorizados por la ley o sin motivación» (art. 1.3); mientras que la «denegación de justicia» es definida como «el rechazo, la omisión o el retardo del magistrado en la realización de actos propios de su función cuando, transcurrido el término legal para la realización del acto, la parte hubiera presentado una solicitud para obtener la resolución y hubieran transcurrido inútilmente, sin motivo justificado, treinta días desde la fecha de su presentación en la secretaría» (art. 3.1).

La acción de responsabilidad civil debe ser dirigida frente al Estado en la persona del Presidente del Consejo de Ministros, pero sólo puede formularse respecto de las resoluciones firmes por haberse hecho valer contra las mismas todos los medios de impugnación a disposición de la parte perjudicada. En el caso de que se declare la responsabilidad, el Estado debe repetir frente al magistrado en el plazo de dos años desde la firmeza de la correspondiente resolución en los supuestos de denegación de justicia, o de actuación por dolo o negligencia inexcusable por parte de éste (art. 7.1) y con el límite cuantitativo general representado por la mitad del importe anual del salario neto del magistrado afectado, salvo que el hecho del que deriva la responsabilidad hubiese sido cometido dolosamente, en cuyo caso no opera este límite (art. 8.3)¹⁰. En consecuencia, y para evitar una situación de indefensión al magistrado al que se imputa la

ya citado trabajo de Andrés Ibáñez (pp. 379-380).

⁸ Publicada en la Gaceta Oficial de 4 de marzo de 2015, y vigente desde el 19 de marzo de 2015.

⁹ Estos jueces populares o legos desarrollan sus funciones en el Tribunal Penal Colegiado de Primer Grado (*Corte di Assise*) o en el Tribunal Penal Colegiado de Apelación (*Corte di Assise di Appello*), los cuales se configuran como secciones autónomas de los correspondientes tribunales (Ordinario o de Apelación) y están compuestas por seis jueces legos y dos jueces de carrera, uno de los cuales actúa como presidente. Desde el punto de vista objetivo corresponde a estos tribunales penales el enjuiciamiento de los delitos más graves.

¹⁰ Para hacer frente a las posibles indemnizaciones a cargo de los magistrados, la Asociación Nacional de Magistrados (*Associazione Nazionale Magistrati, ANM*) ha suscrito una póliza colectiva de seguro de responsabilidad civil que ampara a todos sus asociados. Mi trabajo «La magistratura en Italia», en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, n° 67, marzo 2010, pp. 132-149; y n° 68, julio 2010, pp. 129-140, contiene una exposición general del estatuto de los magistrados italianos.

responsabilidad, se prevé que éste sea informado del inicio del procedimiento frente al Estado, reconociéndosele la facultad de intervenir voluntariamente como coadyuvante en ese procedimiento (art. 6). Además, la estimación de la demanda de responsabilidad civil contra el Estado impone al Fiscal General ante el Tribunal Supremo de Casación el ejercicio de la acción disciplinaria frente al magistrado cuya actuación hubiese generado la responsabilidad civil (art. 9).

II. RASGOS BÁSICOS DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL JUDICIAL EN ESPAÑA

El régimen español en materia de responsabilidad civil judicial se ha enmarcado tradicionalmente entre los sistemas de derecho continental, pero se ha venido diferenciando de otros ordenamientos del entorno europeo en dos cuestiones fundamentales, a saber, la articulación de un régimen de responsabilidad civil directa frente al juez por parte del sujeto que hubiese sufrido el daño, el cual era compatible con la coexistencia de un sistema de responsabilidad del Estado-juez por funcionamiento anormal de la administración de justicia o error judicial (con fundamento en el ya citado art. 121 CE); y la configuración de la culpa judicial que daba lugar a la responsabilidad civil, aparentemente no limitada a los supuestos de negligencia grave, toda vez que el art. 411 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 en su redacción original disponía literalmente que «los jueces y magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren cuando, en el desempeño de sus funciones, incurrieren en dolo o culpa».

Probablemente estas diferencias se expliquen por la evolución histórica del derecho español ya desde la Edad Media, pues diversos textos legales del derecho de Castilla (como el Fuero Juzgo, el Fuero Real o las Leyes de Partidas) reconocieron con bastante amplitud la posibilidad de responsabilizar civilmente al juez por los daños causados en el ejercicio de sus funciones. Las Constituciones decimonónicas españolas consolidaron el principio de la responsabilidad civil del juez, aunque sin una eficacia práctica directa dado su carácter programático y la ausencia de ulterior desarrollo legislativo. La primera regulación sustantiva en la época de la codificación llegó con la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 (arts. 260 a 266), que fue complementada con la regulación procesal contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (arts. 903 a 918). Ambos textos legales limitaron la responsabilidad civil judicial a los supuestos de «negligencia o ignorancia inexcusables», lo cual fue interpretado por la jurisprudencia como excluyente de la culpa leve como criterio de imputación de responsabilidad¹¹.

La entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (en adelante, LOPJ) supuso un cambio fundamental respecto al régimen normativo anterior, ya que, además de regular la responsabilidad civil del juez en sus arts. 411 a 413, esta norma desarrolló la responsabilidad del Estado-juez por funcionamiento anormal de la administración de justicia o error judicial (arts. 292 a 297) que se prevé en el art. 121 CE, lo que supuso acabar con la situación de inmunidad del Estado por los daños derivados de las actuaciones judiciales. La LOPJ de 1985 fue determinante de un incremento de las garantías de los ciudadanos en su derecho a ser resarcidos por los daños ocasionados por las actuaciones judiciales, ya que no solo serían indemnizados por los daños imputables a la actuación negligente o dolosa de un juez, sino por cualquier hecho

¹¹ Por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo (en adelante, SSTS) de 17-3-1875 y 1-10-1890, en las que se da una interpretación muy restrictiva de la negligencia o ignorancia inexcusable determinante de la responsabilidad. Estas son de las pocas resoluciones judiciales del Tribunal Supremo español en las que se aprecia la responsabilidad civil del juez al amparo de la LOPJ de 1870.

dañoso que, con independencia de la culpa judicial, pueda ser calificado como «error judicial» o de «funcionamiento anormal» de la Administración de Justicia. Además, frente al riesgo de la insolvencia del juez, que puede impedir la efectividad de la indemnización, el patrimonio del Estado supone una garantía suficiente para la satisfacción de las pretensiones indemnizatorias en el caso de que se opte por la vía de la responsabilidad estatal por funcionamiento anormal de la administración de justicia o error judicial. En consecuencia, la regulación vigente en España tras la aprobación de la LOPJ de 1985 implicaba que en los casos en que el daño fuese atribuible a la actuación dolosa o negligente de un juez, el perjudicado podría optar por accionar instando el resarcimiento frente al Estado al amparo de los arts. 292 y ss. LOPJ, o por demandar directamente al juez, conforme a lo establecido en los arts. 411 a 413 LOPJ¹². El éxito de la acción resarcitoria frente al Estado permitiría a éste ejercitar “por los cauces de proceso declarativo que corresponda ante el Tribunal competente” la acción de regreso contra el juez o magistrado cuya actuación con “dolo o culpa grave” hubiera provocado el daño (art. 296 LOPJ). Además, el art. 417.5 LOPJ en su redacción original consideraba falta muy grave (determinante, en consecuencia, de responsabilidad de carácter disciplinario) «las acciones u omisiones que hayan dado lugar en sentencia firme a una declaración de responsabilidad civil contraída en el ejercicio de la función por dolo o culpa grave conforme al art. 411 de esta ley».

Debe destacarse, en cualquier caso, que la introducción de la responsabilidad patrimonial del Estado no determinó la eliminación de la responsabilidad civil directa del juez, como se disponía expresamente en el art. 297 LOPJ en su redacción original. Tampoco supuso en la práctica una disminución notable del número de demandas exigiendo la responsabilidad civil judicial directa, pese a la mayor garantía de solvencia del Estado y la exoneración de la carga de probar la actuación negligente o ignorante a cargo del juez en los procedimientos instando la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la administración de justicia o error judicial. Probablemente los numerosos requisitos y trabas de índole procesal que se establecieron en los arts. 292 a 295 LOPJ para que pudiera llegar a declararse la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños derivados de las actuaciones judiciales explican que siguieran siendo relativamente frecuentes en la práctica judicial española las demandas de responsabilidad civil directa contra jueces y magistrados¹³.

El mantenimiento de la vía para reclamar la responsabilidad civil directa del juez contrasta abiertamente con la regulación vigente en España respecto de la responsabilidad civil de los funcionarios públicos por los daños derivados del ejercicio de sus funciones, toda vez que art. 145.1 y 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones

12 A la existencia de esta «doble vía» se refirió la jurisprudencia del Tribunal Supremo, resaltando que el perjudicado tenía la opción de ejercitar su acción resarcitoria frente al juez o magistrado al que consideraba responsable, por la vía restringida del art. 411 LOPJ, o frente al Estado por la más amplia del art. 292 LOPJ, sin perjuicio de que en la primera vía debiera demostrar la negligencia o ignorancia inexcusable del juez demandado (SSTS de 7-6-2006 y 20-12-2006).

13 Estos requisitos pueden llegar a ser realmente disuasorios en cuanto al ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial del Estado, ya que, en esencia, resulta necesaria una resolución judicial del Tribunal Supremo (en el marco de un recurso extraordinario de revisión o de un procedimiento específico de declaración del error judicial regulado en el propio art. 293 LOPJ) declarando la existencia del error judicial, y una resolución del Ministerio de Justicia reconociendo la indemnización por el daño sufrido por el ciudadano como consecuencia del error judicial o del funcionamiento anormal de la administración de justicia, la cual ha de ser dictada “con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado” y contra la que cabe recurso contencioso-administrativo (esto es, ante los tribunales de este orden jurisdiccional). En el caso de la indemnización por daños derivados de una situación de prisión provisional injusta es necesario que el ciudadano que exige el resarcimiento hubiese sido absuelto por inexistencia del hecho imputado o hubiese visto sobreesido libremente por esta misma causa el proceso penal seguido contra él. Al respecto de este último supuesto puede verse, F. De Matero Menéndez, «Responsabilidad patrimonial por prisión preventiva indebida: nueva jurisprudencia», en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, nº 70, marzo 2011, pp. 80-91.

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992 establece un régimen de responsabilidad civil de la Administración Pública correspondiente, unida a la imposibilidad de reclamar directamente al funcionario público causante del daño, quien sólo respondería en vía de regreso en virtud de la acción de repetición ejercida por la Administración en la hipótesis de una actuación dolosa o gravemente negligente¹⁴. La disparidad del tratamiento de los jueces respecto del resto de los funcionarios públicos en este punto llevó a las cuatro asociaciones judiciales existentes en España a reclamar la desaparición de la acción civil directa frente a jueces y magistrados y la equiparación de la regulación de la responsabilidad civil judicial al régimen general de responsabilidad civil del personal y autoridades al servicio de las Administraciones Públicas¹⁵. Además, en atención a este particular régimen de responsabilidad civil, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por acuerdo de 25 de febrero de 2010, acordó suscribir una póliza colectiva de seguro de responsabilidad civil de la carrera judicial, con la finalidad de hacer frente a las posibles indemnizaciones a cargo de los jueces y magistrados españoles en situación de servicio activo. Sin embargo, la Comisión Permanente del propio Consejo, por acuerdo de 5 de noviembre de 2014, decidió no renovar dicha póliza colectiva a partir de la anualidad correspondiente a 2015, amparándose en el contenido del informe de fiscalización correspondiente al ejercicio 2010, aprobado por el pleno del Tribunal de Cuentas el 24 de julio de 2014 y elevado a las Cortes Generales, en el que se indica que la contratación de una póliza para cubrir riesgos vinculados a la responsabilidad civil profesional podría entrar en conflicto con el principio de responsabilidad de los jueces y magistrados, consagrado con rango constitucional en el art. 117.1 CE¹⁶.

Finalmente, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE nº 174, de 22 de julio de 2015) ha venido a suprimir la responsabilidad civil judicial directa, introduciendo un nuevo régimen que es común con el del resto de autoridades y funcionarios públicos, de forma que, una vez declarada la responsabilidad patrimonial del Estado por una actuación judicial, se pueda ejercer la acción de repetición por éste siempre que el daño se hubiese debido a dolo o culpa grave del juez¹⁷. El Preámbulo de este texto legislativo (§ V)

14 Este precepto, en su redacción vigente al momento de elaboración de este trabajo, dispone lo siguiente:

«1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso».

15 Véase a este respecto «La responsabilidad profesional del juez. Conclusiones», en *La responsabilidad personal del juez*, Estudios de Derecho Judicial, nº 153, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p. 576.

16 El acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ fue seriamente cuestionado por cinco de los vocales de este órgano constitucional. Según éstos, el informe del Tribunal de Cuentas de 24 de julio de 2014 no contenía ninguna recomendación expresa referida a la póliza de seguro de responsabilidad civil de la carrera judicial, ya que se limitaba a destacar que la contratación de la póliza es un asunto controvertido, por sus implicaciones en la garantía de la independencia judicial y en el principio de responsabilidad. De otro lado, los vocales discrepantes afirmaron que la decisión de cancelar la póliza de seguro de responsabilidad civil debió haber sido adoptada por el Pleno del CGPJ, al afectar de forma relevante a las condiciones profesionales de la carrera judicial española.

17 La reforma, que entró en vigor el día 1 de octubre de 2015 (disposición final 10ª de la LO 7/2015), suprime los arts. 297, 411, 412 y 413 LOPJ en su redacción inicial. Además, se modifica el art. 296 LOPJ cuyo tenor, conforme al art. único. 42 de la LO 7/2015, ha pasado a ser el siguiente:

«Artículo 296.

1. Los daños y perjuicios causados por los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones darán lugar, en su caso, a responsabilidad del Estado por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia sin que, en ningún caso, puedan los perjudicados dirigirse directamente contra aquéllos.

justifica la modificación legal indicando que «se elimina la responsabilidad civil directa de los Jueces y Magistrados, escasísimamente utilizada en la práctica», con lo que «se alinea la responsabilidad de los Jueces con la del resto de los empleados públicos y se da cumplimiento a las recomendaciones del Consejo de Europa en esta materia», aunque la «exención de responsabilidad no excluye lógicamente, que la Administración pueda repetir, en vía administrativa, contra el Juez o Magistrado si éste ha incurrido en dolo o culpa grave».

Es incuestionable que el nuevo régimen de responsabilidad civil judicial en España ha supuesto una limitación del ámbito de dicha responsabilidad en lo que se refiere a los sucesos dañosos susceptibles de reparación, toda vez que los únicos daños y perjuicios causados por los jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones que dan lugar a responsabilidad del Estado, conforme al tenor del nuevo art. 296.1 LOPJ, son aquéllos que puedan ser reconducidos a las hipótesis de error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, a las que se refieren los arts. 293 y 294 LOPJ (incluyendo el supuesto específico de prisión preventiva indebida que regula este último precepto). Esto implica que, conforme al nuevo sistema, la responsabilidad civil indirecta de jueces y magistrados queda circunscrita a los casos en que previamente se hubiera declarado el error judicial en la sentencia dictada en el correspondiente recurso extraordinario de revisión o procedimiento especial de declaración del error regulado en el art. 293.1 LOPJ, y/o hubiese recaído la resolución del Ministerio de Justicia reconociendo la indemnización por el daño sufrido por el ciudadano como consecuencia del error judicial o del funcionamiento anormal de la administración de justicia, incluyendo la concreta hipótesis de prisión preventiva indebida. En consecuencia, la desaparición de la doble vía para obtener la reparación de los daños y perjuicios derivados de la actuación dolosa o negligente del juez determina que la responsabilidad civil judicial (ahora indirecta) quede limitada a los casos en que se hubiese declarado la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia al amparo de los arts. 292 a 295 LOPJ, que no se han visto afectados por la reforma parcial aprobada en julio de 2015.

De otro lado, la acción de repetición contra el juez o magistrado de la indemnización satisfecha al perjudicado por parte de la Administración del Estado se restringe al supuesto de que los daños y perjuicios indemnizados «provinieren de dolo o culpa grave del Juez o Magistrado», se articula por la «vía administrativa a través del procedimiento reglamentariamente establecido», y es compatible con la responsabilidad disciplinaria en que éste hubiera podido incurrir, de acuerdo con lo dispuesto en la propia LOPJ. En este sentido es de destacar que la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, también ha modificado el art. 417.5 LOPJ para tipificar como falta muy grave determinante de la responsabilidad disciplinaria del juez o magistrado «las acciones u omisiones que hayan dado lugar, en sentencia firme o en resolución firme dictada por el Consejo General del Poder Judicial, a una declaración de responsabilidad civil contraída en el ejercicio de la función por dolo o culpa grave conforme al apartado 2 del art. 296».

La determinación de la existencia de dolo o culpa grave a cargo del juez o magistrado obligado a responder frente a la Administración General del Estado cuando ésta

2. Si los daños y perjuicios provinieren de dolo o culpa grave del Juez o Magistrado, la Administración General del Estado, una vez satisfecha la indemnización al perjudicado, podrá exigir, por vía administrativa a través del procedimiento reglamentariamente establecido, al Juez o Magistrado responsable el reembolso de lo pagado sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que éste pudiera incurrir, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley.

El dolo o culpa grave del Juez o Magistrado se podrá reconocer en sentencia o en resolución dictada por el Consejo General del Poder Judicial conforme al procedimiento que éste determine. Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido y la existencia o no de intencionalidad.».

hubiese asumido la correspondiente indemnización por error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia se podrá hacer «en sentencia o en resolución dictada por el Consejo General del Poder Judicial conforme al procedimiento que éste determine», según dispone el art. 296.2 párr. 2º LOPJ en su nueva redacción. En mi opinión resulta claramente inadecuado que la nueva regulación (a diferencia del régimen derogado, que remitía al procedimiento declarativo correspondiente ante el tribunal competente y con intervención del Ministerio Fiscal en calidad de parte necesaria: art. 296 LOPJ en su redacción original) prevea el ejercicio de la acción de repetición por parte de la Administración General del Estado por la vía administrativa, a través del procedimiento reglamentariamente establecido, que habrá de ser regulado por el Consejo General del Poder Judicial¹⁸. Creo que la relevancia de las cuestiones relacionadas con la declaración de responsabilidad civil a cargo del juez o magistrado, unida a la circunstancia de que esta materia contribuya a la delimitación del ámbito de la independencia judicial y a la definición del estatuto de los jueces, hubieran exigido la articulación de la acción de reembolso por medio de un procedimiento judicial regulado, al menos en sus líneas básicas, por la propia LOPJ o por las leyes procesales correspondientes. Tampoco me parece aceptable que la existencia de dolo o culpa grave a cargo del juez o magistrado cuya responsabilidad civil trata de dilucidarse pueda reconocerse, además de por sentencia, por medio de una resolución administrativa del Consejo General del Poder Judicial conforme al procedimiento que el propio Consejo determine, ya que puede resultar problemático que el órgano constitucional llamado a garantizar la independencia judicial y al que corresponde el ejercicio de la potestad disciplinaria sobre jueces y magistrados se pronuncie también sobre una responsabilidad judicial de naturaleza civil que constituye a su vez el presupuesto de una infracción disciplinaria de carácter muy grave (art. 417.5 LOPJ). Parece que hubiera sido mucho más eficaz y coherente con el principio de independencia judicial limitar la determinación del dolo o culpa grave a la sentencia judicial dictada tras el correspondiente proceso declarativo, pues, en definitiva, la resolución administrativa del Consejo General del Poder Judicial reconociendo la concurrencia de dolo o culpa grave será susceptible de recurso por la vía jurisdiccional ante los tribunales del orden contencioso-administrativo, por lo que, con frecuencia, los tribunales de ese orden jurisdiccional deberán pronunciarse en última instancia sobre el carácter doloso o gravemente culposo de la conducta profesional del juez o jueces a los que se imputa la responsabilidad civil¹⁹.

Debo destacar, por último, que la reforma de julio de 2015 no ha modificado los procedimientos previstos en los arts. 293 y 294 LOPJ para la declaración del error judicial y para el reconocimiento de la correspondiente indemnización por error judicial, funcionamiento anormal de la Administración de Justicia o prisión preventiva indebida. Esto supone que, en línea de principio y a diferencia de la regulación vigente en Italia, no está prevista la intervención en el procedimiento enderezado a la declaración de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia del juez o magistrado contra el que podría llegar a ejercitarse la acción de reembolso basada en la circunstancia de que los daños y perjuicios indemnizados provengan de su actuación dolosa o gravemente culposa. Me parece evidente que la resolución (administrativa o jurisdiccional) reconociendo la indemnización a cargo del Estado por error judicial, funcionamiento anormal de la Administración de Justicia o prisión preventiva

18 Así se establece de forma expresa en la disposición final 9ª de la LO 7/2015, en la que no se fija plazo alguno para el desarrollo reglamentario del art. 296.2 LOPJ a cargo del Consejo General del Poder Judicial.

19 En este sentido se pronuncia el informe aprobado por el propio Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su sesión de 27 de junio de 2014 en relación con el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial remitido por el Ministerio de Justicia en abril de 2014 (§§ 54 y 388 a 391).

indebida carecerá del valor de cosa juzgada o de efectos prejudiciales en cuanto a la determinación de la concurrencia de dolo o culpa grave a cargo del juez o magistrado en el ulterior procedimiento en el que se ejercite la acción de reembolso contra éste. Sin embargo, hubiera resultado más coherente con el derecho de defensa del juez o magistrado al que puede llegar a imputarse responsabilidad civil haber reconocido a éste la facultad de intervenir voluntariamente como coadyuvante en el procedimiento en que se dilucida la posible responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, y del que podrían derivarse consecuencias negativas en su propia esfera jurídica.

La disposición transitoria 1ª punto 3 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, (relativa a la «normativa aplicable a los procedimientos judiciales ya iniciados»), establece un régimen de derecho transitorio en virtud del cual los procedimientos para exigir la responsabilidad civil directa de jueces y magistrados que se estuvieran tramitando en el momento de entrada en vigor de la nueva Ley se continuarán tramitando de acuerdo con las normas procesales y sustantivas vigentes en el momento de su incoación. Esto supone que hasta la finalización de estos procedimientos en trámite subsisten en el ordenamiento jurídico español dos sistemas diversos de responsabilidad civil judicial: el sistema de responsabilidad directa regulado en los preceptos originales de la LOPJ de 1985, y en las disposiciones concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de otros cuerpos legales; y el sistema de responsabilidad civil indirecta que se desarrolla en los arts. 292 a 296 de la LOPJ en su nueva redacción conforme a la Ley Orgánica 7/2015. Por esta razón también se hará una referencia al sistema derogado en los siguientes apartados de este trabajo.

III. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Como ya se ha adelantado, el art. 411 LOPJ establecía dos criterios diversos de imputación para dar lugar a la responsabilidad civil de los jueces y magistrados por los daños y perjuicios derivados del ejercicio de sus funciones: el dolo y la culpa. Estos dos criterios de imputación se mencionan igualmente en el art. 296.2 LOPJ en su nueva redacción, si bien con la salvedad de la concreción de que la única culpa que puede dar lugar a la responsabilidad judicial civil indirecta es la «culpa grave».

La responsabilidad civil por los hechos dañosos provocados por una actuación dolosa del juez en el ejercicio de sus funciones parece fuera de toda duda. En general se puede afirmar que la actuación dolosa del juez en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales será típica en el sentido del delito de prevaricación judicial intencionado previsto en el Código Penal, lo que, en línea de principio, daría lugar al nacimiento de una acción para exigir la responsabilidad civil *ex delicto*, que podría llegar a ser ejercitada por el perjudicado en el marco del propio proceso penal seguido contra el juez o magistrado²⁰. A mi juicio, pese a que el art. 296.1 inciso final LOPJ en su nueva redacción establece que “en ningún caso” los perjudicados pueden dirigirse directa-

20 Las diversas modalidades del delito de prevaricación judicial dolosa aparecen descritas en los arts. 446, 448 y 449.1 del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Los arts. 109 a 122 de este mismo cuerpo legal regulan con bastante detalle la responsabilidad civil *ex delicto* estableciendo la posibilidad de que el perjudicado ejercite la correspondiente acción civil en el propio proceso penal u opte por exigir dicha responsabilidad civil ante los tribunales de la jurisdicción civil. Es cuestionable, no obstante, que la reserva de la correspondiente acción civil para su ejercicio independiente ante los tribunales de este orden jurisdiccional sea posible tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2015, ya que el art. 296.1 inciso final LOPJ en su nueva redacción dispone literalmente que «en ningún caso» los perjudicados podrán accionar directamente contra los jueces y magistrados para exigir la reparación de los daños y perjuicios causados por éstos en el ejercicio de sus funciones.

mente contra los jueces y magistrados para reclamar la indemnización por los daños y perjuicios causados por éstos en el ejercicio de sus funciones, ha de considerarse subsistente la posibilidad de ejercicio de la acción civil *ex delicto* en el marco del proceso penal seguido contra el juez o magistrado. La circunstancia de que no hayan sido modificadas las normas especiales del Código Penal que permiten el ejercicio conjunto de la acción civil ante el tribunal del orden penal y que regulan de forma específica la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los daños causados por las personas físicas penalmente responsables de delitos dolosos o culposos cuando éstas sean autoridad o funcionarios públicos «en el ejercicio de sus cargos o funciones» vendría a avalar esta conclusión, al igual que sucedería en los demás supuestos en que se exija en el marco del proceso penal la responsabilidad civil *ex delicto* de un funcionario público²¹.

Por su parte, la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse en alguna ocasión aislada sobre el dolo como criterio de imputación de responsabilidad civil judicial, afirmando que el mismo es «significativo (...), por propia definición, de malicia, fraude, engaño, mala fe intencional, o sea, (...), insidia o maquinación directa» y que «el dolo no se presume, debiendo ser demostrado cumplidamente por quien lo alegue»²².

En lo que respecta a la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad civil judicial debe tenerse presente que dicho criterio se refiere a la culpa profesional, que toma como modelo de referencia el del buen profesional. La diligencia exigible a éste consiste en la posesión y aplicación de los conocimientos especiales de carácter jurídico que el juez, en cuanto profesional cualificado del derecho, ha de tener. Por ello puede afirmarse que el juez actúa culposamente cuando no prevé el resultado dañoso, o cuando, habiéndolo previsto, no toma las medidas necesarias para evitarlo que impone la diligencia debida inherente a la condición de buen profesional. El principal problema que ha suscitado este criterio de imputación en el derecho español antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015 radicaba en determinar la extensión del mismo, esto es, si el juez debía responder por cualquier tipo de culpa, como establece el art. 1902 del Código Civil al regular de forma genérica la responsabilidad civil extracontractual, o si, por el contrario, la responsabilidad debía limitarse a los supuestos de culpa grave. Como ya se ha visto, el art. 411 LOPJ de 1985 en su redacción original —apartándose de su precedente de la LOPJ de 1870 que limitó la responsabilidad civil judicial por culpa a los supuestos de «negligencia o ignorancia inexcusables»— parecía no mencionar límite alguno y, en este sentido, comprender todos los grados de la culpa, lo que aparentemente, habría supuesto una profunda modificación del sistema de la responsabilidad civil judicial, que habría pasado de ser un sistema de culpa limitada a un sistema de culpa libre. Así, lo sostuvo un relevante sector de la doctrina procesalista española, para la cual el cambio en los términos del art. 411 LOPJ de 1985 supuso que cualquier grado

21 El art. 121 del Código Penal establece la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, por los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos que les estuvieren confiados, «sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria». Además este precepto dispone que «si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario».

22 SSTS de 26-10-1987 y 13-7-1989, que realizan dicho pronunciamiento a título de *obiter dictum*.

de culpa podía originar la responsabilidad civil del juez²³. A juicio de este sector de la doctrina, la circunstancia de que el art. 903 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 continuase haciendo referencia a la «negligencia o ignorancia inexcusable» como criterio de imputación de responsabilidad no se opondría a aquella conclusión, ya que este último precepto habría quedado derogado por el art. 411 LOPJ de 1985 en su redacción original, en cuanto norma anterior y contraria al mismo.

Considero, sin embargo, que existen razones de peso para defender que el art. 411 LOPJ de 1985 en su redacción original no determinó una modificación del sistema de limitación de la responsabilidad civil directa del juez a los supuestos de culpa grave²⁴. Además del antecedente histórico de la LOPJ de 1870 y del propio *iter* legislativo del Proyecto de LOPJ de 1985 (en el que la enmienda del Grupo Socialista en el Senado instando la modificación de la redacción original del art. 411 se presentó como una «mera corrección técnica» que tan solo buscaba «una simplificación en la redacción del precepto»), cabría destacar los siguientes argumentos: 1) Parece contradictorio admitir la responsabilidad judicial por culpa leve existiendo un sistema procesal de recursos y garantías frente al error. No tiene sentido que cualquier error en el proceso de lugar a la responsabilidad del juez o de la sala que lo cometió, incluso por negligencia leve, ya que la propia estructuración del proceso en fases, incluyendo la de apelación en sentido general, parte de la posibilidad del error, que se entiende como algo inherente al sistema y que puede ser corregido por la vía de los recursos legalmente establecidos. 2) La limitación de la responsabilidad civil de los jueces a la hipótesis de culpa o negligencia grave es más coherente con los instrumentos internacionales relativos al estatuto judicial ya mencionados en el apartado inicial de este trabajo, que propugnan la restricción de dicha responsabilidad a la conducta de mala fe (o, cuando menos, gravemente negligente) en el ejercicio de la función jurisdiccional. 3) La comparación con el régimen de la responsabilidad civil de los funcionarios públicos, que en el antiguo art. 43 de Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 se limitaba a los supuestos de culpa grave, situación que se ha superado claramente incluso en el art. 145.1 y 2 de la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992, al que me he referido ya en el precedente apartado de este trabajo. 4) La puesta en relación del régimen de responsabilidad civil judicial directa con la responsabilidad patrimonial del Estado prevista en el art. 296 LOPJ de 1985 en su redacción original, y referida a los «daños que se produzcan por dolo o culpa grave de los jueces y magistrados», respecto de los que cabía la acción de repetición a favor del Estado. Creo que habría resultado claramente incoherente entender que el Estado tenía una responsabilidad más limitada que la del juez, y que este último vendría obligado a responder incluso en los casos de culpa leve. 4) Finalmente, debe destacarse que dos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 en su redacción original tomaban el dolo y la culpa grave o inexcusable como únicos criterios de imputación de responsabilidad civil judicial: el art. 266.1 (relativo a los documentos que habían de acompañarse a la demanda en ciertos casos especiales) y el art. 403.2 (referido a la inadmisión de la demanda en algunos casos excepcionales), toda vez que ambos hacían referencia a la «demanda de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados por daños y perjuicios causados en el ejercicio de sus funciones, con dolo, culpa o ignorancia inexcusable». La circunstancia de que este texto legal mencionase

23 En este sentido, entre otros, A. De la Oliva, *Derecho procesal civil*, Tomo IV, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, pp. 136 ss.; V. Gimeno Sendra, *Procesos civiles especiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 305

24 En este mismo sentido se pronuncia L. Sanz Acosta, «La responsabilidad civil judicial», en *La responsabilidad personal del juez*, Estudios de Derecho Judicial, nº 153, Consejo General del Poder Judicial Madrid, 2008, pp. 222-224.

la ignorancia inexcusable como criterio adicional de imputación de responsabilidad civil judicial carecía de verdadera relevancia a estos efectos, ya que la ignorancia no es más que un supuesto especial o cualificado de culpa judicial derivado del incumplimiento del deber especial de conocimiento de las normas jurídicas exigible a todos los jueces, por lo que no se trató de un nuevo criterio distinto que pudiese dar lugar a la imputación de responsabilidad. En cualquier caso ha de destacarse que los arts. 266.1 y 403.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su redacción original han quedado derogados por la disposición final 4ª puntos 10 y 11 de la Ley Orgánica 7/2015, lo que resulta coherente con el nuevo sistema de responsabilidad civil judicial, en el que se excluye la acción directa contra el juez o magistrado.

Por su parte, la jurisprudencia española posterior a la modificación operada por la LOPJ de 1985 en el régimen de la responsabilidad civil judicial, vino manteniendo de manera constante que la regulación de la cuestión por los arts. 411 y ss. de este cuerpo legal en su redacción original no supuso una modificación del criterio de imputación basado en la culpa o negligencia grave o inexcusable por parte del juez al que se atribuye la responsabilidad por el resultado dañoso, lo que implica negar la posibilidad de extensión de la responsabilidad judicial a todo tipo de culpa, incluso la leve. Conforme a las SSTs de 23-9-1994, 10-6-1995, 6-2-1998 y 10-5-2000, el art. 411 LOPJ de 1985 en su redacción original, de acuerdo con los antecedentes legislativos, no implicó una modificación normativa del régimen de responsabilidad civil judicial establecido por el art. 903 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que se limita a los supuestos en que los jueces o magistrados «en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusables». En este sentido, la STS de 20-12-2006 reiteró la misma doctrina jurisprudencial, añadiendo que la conclusión sobre la limitación del criterio de imputación subjetiva a los casos de dolo o culpa grave venía corroborada por el tenor de los arts. 266 y 403.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 en su redacción inicial, al referirse estos preceptos a las demandas de responsabilidad civil que pueden interponerse contra jueces y magistrados «por daños y perjuicios causados en el ejercicio de sus funciones con dolo, culpa o ignorancia inexcusable».

De acuerdo con esta doctrina limitativa del criterio de imputación por culpa, la jurisprudencia del TS ha tratado de fijar las pautas para concretar el concepto de ignorancia o negligencia inexcusables (así, p. ej. SSTs de 23-9-1994, 10-5-2000, 13-9-2000 y 20-12-2006, algunas ya citadas)²⁵. Desde el punto de vista positivo, se ha declarado que para que concurra este presupuesto determinante de la responsabilidad civil de los jueces y magistrados es menester que éstos hayan procedido con infracción manifiesta de la ley sustantiva o que hayan omitido algún trámite o solemnidad mandado observar por la ley procesal bajo pena de nulidad. Se ha subrayado, además, el carácter rígido y no flexible o sujeto a apreciación que debe tener la norma legal infringida para que pueda apreciarse la concurrencia de negligencia o ignorancia inexcusable, afirmando que el

25 En la práctica son realmente excepcionales las SSTs que declararon la responsabilidad civil judicial por culpa tras la entrada en vigor de la LOPJ de 1985. Destacan en este sentido la STS de 20-12-2006 (en la que se estima la acción de responsabilidad civil frente a un juez de primera instancia que autorizó la cancelación de un aval bancario constituido por el demandado en garantía del pago de una suma reconocida en una sentencia condenatoria, sin oír previamente a la parte demandante en garantía de cuyo crédito se había constituido el aval), y la STS de 23-1-2004, que declara la responsabilidad civil de los magistrados del Tribunal Constitucional español (en adelante, TC) por la inadmisión de una demanda constitucional de amparo interpuesta por un abogado excluido del proceso selectivo para la designación de letrados del propio TC, que había visto desestimado el previo recurso contencioso-administrativo interpuesto ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS. Esta última sentencia (que cuenta con el voto particular de uno de los magistrados del TS, y generó un vivo debate en la comunidad jurídica española), fue dejada sin efecto por la sentencia del pleno del propio TC de 5-6-2013, en la que se otorgó el amparo constitucional demandado por los magistrados del TC frente a la STS que declaró su responsabilidad civil.

error en la aplicación de una norma flexible, que somete la apreciación de las circunstancias a la ponderación del juez conforme a las reglas racionales de la sana crítica puede constituir jurídicamente, si acaso, y todo lo más, un error judicial. La infracción apreciada ha de ser calificada de manifiesta para que pueda cohonestarse con una voluntad negligente de naturaleza grave o con una ignorancia de carácter inexcusable. Desde esa perspectiva, se ha acudido también al art. 1.104 del Código Civil, declarando que la gravedad de la culpa o negligencia no ha de medirse atendiendo al resultado acaecido con ella, sino a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, lo que obliga a tener en cuenta las diversas condiciones en que se desempeña la función judicial en relación con el sistema jerárquico de recursos, la labor unificadora de la jurisprudencia, el margen de error o desacierto inevitable en una actividad de esta naturaleza (que exige desechar como fundamento de la responsabilidad la mera divergencia entre la sentencia a la que se impute el daño -aun cuando sea des-ascertada- y el criterio extraído de las opiniones del demandante o de otras resoluciones judiciales o antecedentes doctrinales de otra naturaleza), los remedios reconocidos por el ordenamiento jurídico para enmendar estos desaciertos, la preparación y situación profesional del juez o magistrado y la carga de trabajo a que se encuentra sometido.

Desde el punto de vista negativo, la relación sistemática que debe establecerse con los supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado ha llevado a la jurisprudencia española a declarar que la actuación culposa del juez no puede comprender los supuestos que sólo podrían conceptuarse como simple “error judicial” o “deficiente o anormal funcionamiento de la Administración de Justicia”, como los designan los arts. 121 CE y 292 LOPJ de 1985, pues en estos casos es el Estado y no el juez o magistrado personalmente, el que asume directamente el deber de resarcimiento, sin perjuicio de la acción de repetición o reembolso, ceñida a los casos que la ley prevé. Esta perspectiva lleva a concluir que los supuestos de responsabilidad civil de jueces y magistrados no podrán calificarse con un criterio de imputación más riguroso que aquel que la jurisprudencia viene estableciendo en relación con el error judicial, el cual sólo puede apreciarse en casos de resoluciones que excedan los límites de los inevitables márgenes de error en que se producen las resoluciones judiciales, teniendo en cuenta el carácter necesariamente sujeto a apreciación que la aplicación del ordenamiento jurídico comporta y el reconocimiento de la posibilidad de error que implica el establecimiento de un sistema de recursos procesales. Así, según las SSTs de 22-1-1996, 1-3-1996, 19-11-1998, 23-2-2002, 24-7-2003, 23-11-2005 y 20-12-2006, el error judicial sólo puede reconocerse cuando se ha emitido por los órganos judiciales una resolución que exprese una palmaria y notoria confusión de las bases de hecho de la resolución, al margen de divergencias en el juicio; se haya dictado con una desatención del juzgador a datos de carácter indiscutible; se contradiga lo que es evidente; o se lleve a cabo una aplicación del derecho que se basa en normas inexistentes o entendidas de un modo palmario fuera de su sentido y alcance.

Considero que la consolidada doctrina jurisprudencial de la Sala Civil del TS al respecto de los criterios de imputación de responsabilidad ha de ser tenida en cuenta a la hora de establecer si un juez o magistrado ha incurrido en dolo o culpa grave determinantes de responsabilidad civil frente al Estado por vía de regreso al amparo del art. 296.2 LOPJ en su nueva redacción. El inciso final del nuevo art. 296.2 p. 2º LOPJ contiene una regla que trata de esclarecer la cuestión, pero que no supone una aportación realmente relevante, a mi juicio. De acuerdo con este precepto, «para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido y la existencia o no de intencionalidad». Es evidente que la existencia o no de intencionalidad en la conducta profesional del juez en cuanto a la infracción de la

norma de carácter sustantivo o procesal aplicables al procedimiento sometido a su decisión y a la producción de un resultado dañoso en la esfera jurídica del justiciable permite diferenciar los dos criterios de imputación establecidos por el legislador tras la reforma (dolo o culpa grave del juez o magistrado), pero no proporciona ninguna pauta útil para resolver los supuestos conflictivos en los que se dilucida la gravedad de la negligencia en la conducta profesional del juez o magistrado cuya responsabilidad civil debe ser reconocida en vía de regreso. De otro lado, como ya se ha señalado en referencia a la jurisprudencia del TS al respecto del art. 1.104 del Código Civil, resulta generalmente admitido que la gravedad o intensidad de la culpa o negligencia es conceptualmente independiente de la entidad del resultado vinculado causalmente al comportamiento negligente, ya que es posible que una conducta levemente negligente provoque daños y perjuicios de gran entidad o que un comportamiento gravemente culposo no genere más que un exiguo perjuicio efectivo y susceptible de ser reparado. No parece, en consecuencia, que la regla que impone la ponderación de la entidad del resultado dañoso producido para la determinación de la existencia de dolo o culpa grave a cargo del juez se acomode a la teoría general de la responsabilidad civil.

IV. EL DAÑO RESARCIBLE

De acuerdo con los principios generales en materia de responsabilidad civil, la responsabilidad de los jueces y magistrados exige también la existencia de un daño o perjuicio efectivo, evaluable económicamente y susceptible de ser individualizado con relación a una persona o grupo de personas, tal como se dispone en el art. 292.2 LOPJ. La especialidad relativa a este presupuesto de la responsabilidad civil judicial radica en que el daño o perjuicio no debe poder ser reparado de otra forma, por lo que el juez deviene responsable en último término. Por esta razón, la jurisprudencia española ha afirmado que la institución de la responsabilidad civil del juez tiene carácter subsidiario, toda vez que si la parte perjudicada puede obtener la reparación del perjuicio de cualquier otro modo (como, por ejemplo, reclamando a la otra parte interviniente en el proceso de origen) es esto lo que debe hacer, de suerte que sólo podrá proceder contra el juez cuando no se consiga la reparación por ese medio alternativo. El carácter subsidiario de la responsabilidad civil judicial también supone la exigencia de un requisito previo para formular la demanda, ya que han de haberse interpuesto todos los recursos o reclamaciones frente a la resolución o actuación judicial causante del daño. La propia jurisprudencia ha llegado a declarar que la acción de responsabilidad civil judicial «opera en forma similar a la acción rescisoria, es decir, cuando carezca el presunto perjudicado de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio (art. 1.294 del Código Civil), ya que sólo entonces es cuando se puede decir que ha resultado perjudicado el litigante que ahora recurre»²⁶. En todo caso, ha de tenerse presente que la mera revocación o anulación de una resolución judicial no presupone por sí sola derecho a indemnización (art. 292.3 LOPJ). La circunstancia de que una resolución judicial se vea revocada o anulada en el marco del sistema de recursos en el que se estructura el proceso ante los tribunales de los diversos órdenes jurisdiccionales no implica necesariamente la efectiva producción de un perjuicio indemnizable para alguna de las partes en el proceso ni supone la existencia de una conducta profesional dolosa o gravemente negligente que pueda dar lugar a la responsabilidad civil del juez o tribunal que hubiera dictado la resolución revocada o anulada.

²⁶ Así se pronuncian, p.ej., las SSTs de 23-12-1988 y 3-10-1990

En lo que respecta a la naturaleza de los daños resarcibles debe destacarse que pueden incluirse en ellos los perjuicios de índole moral. Esta conclusión, que viene avalada por el tenor literal del art. 411 LOPJ en su redacción original o por el art. 296.2 LOPJ en su nueva redacción (en los que se hace referencia expresa al resarcimiento de los «daños y perjuicios»), no se ve desvirtuada por el hecho de que el art. 292.2 LOPJ al tratar de la responsabilidad patrimonial del Estado especifique que el daño debe ser «efectivo, evaluable económicamente e individualizado», pues -como en todos las hipótesis de resarcimiento por daños morales en virtud de responsabilidad civil extracontractual- los daños morales, habrán de ser evaluados económicamente por los tribunales a los efectos de conceder la correspondiente indemnización²⁷.

La regulación de la responsabilidad civil judicial en los arts. 411 LOPJ de 1985 y 266.1 y 403 Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, al igual que en el art. 296.1 LOPJ en su nueva redacción, se refiere a los daños y perjuicios irrogados por los jueces y magistrados en el desempeño o en el ejercicio de sus funciones, lo que podría plantear la duda de si esa regulación se limita al estricto ejercicio de las funciones jurisdiccionales (al amparo del art. 117.3 CE y del art. 2.1 LOPJ de 1985) o se extiende al ejercicio de otras funciones distintas pero asimiladas a la potestad jurisdiccional, como podría ser la llevanza del Registro Civil, u otras atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho²⁸. En general, puede afirmarse que la doctrina española defiende la aplicación de la regulación de la responsabilidad civil judicial al ejercicio de las funciones asimiladas a las jurisdiccionales, pues de lo contrario habría que acudir en estos casos a las reglas generales sobre responsabilidad civil extracontractual ex art. 1.902 y siguientes del Código Civil o a las normas sobre responsabilidad civil de los funcionarios públicos²⁹.

Finalmente, la apreciación de responsabilidad también exige como presupuesto la existencia de un vínculo causal entre la acción u omisión determinante del daño o perjuicio y el resultado dañoso producido. A este respecto, la jurisprudencia española ha resaltado que es particularmente relevante en la apreciación del nexo de causalidad «la adecuación valorativa de dicho nexo, la cual se logra tomando en consideración la confluencia de determinados factores, tales como la conducta de las partes o la interferencia de resoluciones de otros jueces o tribunales, que puedan enervar la posibilidad de atribuir razonablemente el daño, causado por una irregularidad en la aplicación del derecho, a la conducta del juez demandado en el plano de la imputación objetiva, más allá de la pura causalidad fenoménica, si dicha conducta no es suficientemente relevante» (p. ej. SSTs de 10-5-2000, 7-6-2006 y 20-12-2006). De acuerdo con esta doctrina sobre la imputación objetiva del resultado dañoso a la actuación del juez en el ejercicio de sus funciones, éste no deberá responder civilmente cuando se aprecie que el daño no ha sido causado por su propia conducta, sino de forma exclusiva por la de la propia víctima o por la de un tercero. En este sentido se pronuncia el art. 295 LOPJ, según el cual «en ningún caso habrá lugar a la indemnización cuando el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios tuviera por causa la conducta dolosa o culposa del

27 De hecho, la ya citada STS de 23-1-2004 al declarar la responsabilidad civil de los magistrados del TC estableció una indemnización por daños morales a cargo de cada uno de ellos por importe de 500 €, en los que cifró el daño de esta naturaleza derivado de la privación jurídica «de un derecho tan esencial como es el amparo constitucional», lo que habría hecho que se tambalearan las creencias del demandante de amparo «como ciudadano de un Estado social y democrático que, entre otras cosas, propugna la justicia como valor superior» (Fundamentos Jurídicos 5º y 7º).

28 A estas funciones se refiere el art. 117.3 CE al disponer que «los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior [el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos juzgando y haciendo ejecutar la juzgado] y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho».

29 En este sentido se pronuncia, M. L. Atienza Navarro, «La responsabilidad civil del juez», en *La responsabilidad personal del juez*, Estudios de Derecho Judicial, nº 153, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, pp. 181-182.

perjudicado». Además, deberá disminuirse el importe de la indemnización de daños y perjuicios cuando se aprecie la concurrencia de causas en la producción del daño (esto es, cuando a la causación del resultado dañoso haya contribuido tanto su conducta como la de la propia víctima o la de un tercero). En alguna ocasión la jurisprudencia ha concluido que la sobrecarga de trabajo que afecta al órgano judicial a cuyo titular se achaca la responsabilidad es una causa que justifica la negligencia del juez y que impide imputar objetivamente a éste el resultado dañoso³⁰. Así, si la sobrecarga de trabajo origina una dilación indebida del proceso podrá apreciarse en algunos supuestos un mal funcionamiento de la Administración de Justicia, que originará la obligación de resarcimiento a cargo del Estado con apoyo en los arts. arts. 292 a 295 LOPJ de 1985, pero normalmente no cabrá imputar responsabilidad civil al juez por vía de regreso a instancia del Estado, puesto que no puede exigirse a aquél que asuma la resolución de un volumen de asuntos superior al que viene obligado a resolver en virtud de los criterios que determinan la carga de trabajo aceptable.

V. ESPECIALIDADES PROCESALES EN LA RECLAMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL JUDICIAL

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 regulaba la responsabilidad civil judicial con cierto detalle bajo el título «Del recurso de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados» (Libro II, Título VII, arts. 903 a 918). Sin embargo, en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 desapareció el proceso especial que se contenía en aquel texto legal ya derogado, por lo que la exigencia de la responsabilidad civil judicial directa había de ventilarse en el juicio declarativo que correspondiese a la cuantía objeto de reclamación, ya sea en la modalidad de juicio ordinario o en la de juicio verbal, a instancia «de la parte perjudicada o de sus causahabientes» (art. 412 LOPJ de 1985). La nueva Ley Procesal Civil española se limitó a establecer algunas especialidades de los procesos relativos a la responsabilidad civil judicial directa en sus arts. 266.1, 269.2 y 403, las cuales eran completadas por las normas contenidas en la LOPJ de 1985.

Las siguientes eran las principales especialidades destacables en los procesos para exigir la responsabilidad civil de jueces y magistrados:

a) La necesidad de agotar todos los recursos o reclamaciones procedentes, y la exigencia de que la resolución de la que derivaría la responsabilidad civil fuese firme. Se trataba de un requisito establecido en el art. 403.2 de la Ley de Enjuiciamiento de 2000 en su redacción original, según el cual «no se admitirán las demandas de responsabilidad civil contra jueces y magistrados por los daños y perjuicios que por dolo, culpa o ignorancia inexcusable irrogaren en el desempeño de sus funciones mientras no sea firme la resolución que ponga fin al proceso en que se suponga causado el agravio...». Además, el art. 403.2 inciso 2º del mismo cuerpo legal exigía que se hubiesen agotado todos los recursos o reclamaciones posibles contra la actuación judicial de la que derivaría la responsabilidad civil («tampoco se admitirán estas demandas si no se hubiera reclamado o recurrido oportunamente en el proceso contra el acto u omisión que se considere causante de los daños y perjuicios»); y el art. 266.1 de dicha ley determinaba que la demanda debería ir acompañada de «las certificaciones y testimonios que acrediten haber terminado el proceso y haber en él reclamado o recurrido cuando se interponga

30 La ya citada STS de 10-6-2000 consideró que el hecho de que la juez demandada hubiese cancelado indebidamente una hipoteca se debió a la presión del trabajo que tuvo que soportar a consecuencia de llevar dos juzgados a la vez, por una prórroga de jurisdicción provocada por la jubilación de un compañero. Por ello se concluyó que, a pesar de que hubiese actuado negligentemente, no cabía exigir responsabilidad civil a la juez demandada.

demanda de responsabilidad civil contra jueces y magistrados por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de sus funciones con dolo, culpa o ignorancia inexcusables», de modo que no se admitirían las demandas a las que no se acompañasen dichos documentos (art. 269.2). Como ya se ha adelantado, en línea con la nueva regulación del procedimiento para que la Administración General del Estado haga valer la acción de reembolso contra el juez o magistrado de cuya actuación dolosa o gravemente culposa provinieren los daños y perjuicios (a la que ya he hecho referencia en el apartado segundo de este trabajo), la disposición final 4ª, puntos 10 y 11, de la Ley Orgánica 7/2015 ha derogado los requisitos especiales establecidos en los arts. 403.2 y 266.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 en su redacción original.

b) Las particularidades relativas al plazo de interposición de la demanda en ejercicio de la acción directa de responsabilidad civil. El art. 905 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 fijaba el plazo de seis meses desde que se dictó la sentencia o auto firme que pusiera fin al proceso en el que se hubiera causado el agravio para interponer la demanda de responsabilidad civil judicial. Sin embargo, ni la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, ni la LOPJ de 1985, contemplaban un plazo especial para entablar las demandas de responsabilidad civil contra jueces y magistrados. Tampoco la nueva regulación que se contiene en el art. 296.2 LOPJ, conforme a la Ley Orgánica 7/2015, en lo relativo al ejercicio de la acción de reembolso por la Administración General del Estado frente al juez o magistrado al que se considera civilmente responsable fija un plazo específico para que se haga valer dicha acción «por vía administrativa a través del procedimiento reglamentariamente establecido». A salvo de la regulación que pueda llegar a establecerse en desarrollo de los preceptos de la LOPJ, considero que la circunstancia de que los nuevos textos legales no fijen un plazo especial debe determinar la aplicación de las reglas generales relativas a la responsabilidad civil extracontractual, lo que supone que ha de regir el plazo de prescripción genérico de un año del art. 1968. 2º del Código Civil, a computar “desde que lo supo el agraviado”³¹, esto es, desde que el Estado hubiese satisfecho la indemnización al perjudicado por error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (argumento ex art. 296.2 pár. 1º LOPJ en su nueva redacción).

c) Los tribunales competentes para conocer de las demandas. El art. 903 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 establecía la competencia objetiva del tribunal superior inmediato al que hubiera incurrido en responsabilidad civil. Tras la derogación de este texto legal la atribución de competencia para conocer de las demandas de responsabilidad civil entabladas contra jueces y magistrados se determinaba según quienes fueran los jueces demandados, de acuerdo con los criterios establecidos en la LOPJ de 1985:

— La Sala especial del TS (formada por el Presidente del TS, los Presidentes de Sala y los magistrados más antiguo y más moderno de cada una de ellas) conocía de las demandas de responsabilidad civil dirigidas contra los Presidentes de Sala del TS y contra la mayor parte de los magistrados de una Sala del TS (art. 61.1.3º).

— La Sala Primera (Civil) del TS conocía de las demandas de responsabilidad civil entabladas contra el Presidente del TS y del Consejo General del Poder Judicial, los magistrados del TS, el Presidente y los magistrados del TC, el Presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas, los magistrados de la Audiencia Nacional, los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, y los magistrados de éstos (art. 56.2º y 3º).

31 En este sentido se habían pronunciado respecto del régimen anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015 algunos Tribunales Superiores de Justicia, como los de Murcia (sentencia de 10-10-2005) o Valencia (sentencia de 18-7-2006).

— La Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocía en única instancia de las demandas de responsabilidad civil dirigidas contra todos o la mayor parte de los magistrados de una Audiencia Provincial o cualquiera de sus secciones (art.73.2.b).

— El Juzgado de Primera Instancia sería competente para conocer de las demandas formuladas contra uno solo o una minoría de los magistrados de una Audiencia Provincial, y contra los jueces titulares de órganos judiciales unipersonales de todos los órdenes jurisdiccionales (incluidos los jueces de paz), en virtud de la regla residual de atribución de competencia del art. 85.1 LOPJ de 1985, al no existir una regla especial al respecto. En general puede decirse que esta solución fue criticada por las asociaciones judiciales españolas, ya que suponía la pérdida de la coherencia interna del sistema (que tendía a atribuir la competencia objetiva al tribunal superior del órgano judicial colegiado en el que ejercen sus funciones los magistrados a los que se atribuye la responsabilidad civil), y evitaba el conveniente distanciamiento entre el juez llamado a resolver de la demanda y aquél al que se imputa la responsabilidad civil, en los casos de demandas dirigidas contra los titulares de órganos jurisdiccionales unipersonales³².

Debe señalarse que la reforma operada en la LOPJ por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, no ha modificado los preceptos que atribuyen la competencia objetiva para conocer de las demandas en reclamación de responsabilidad civil judicial a la Sala especial del TS, la Sala Civil del TS y las Salas Civiles y Penales de los Tribunales Superiores de Justicia (arts. 56.2º y 3º, 61.1.3º y 73.2b LOPJ, ya citados), pese a que el nuevo sistema, al excluir la acción directa para la reclamación de dicha responsabilidad civil y articular un mecanismo para el ejercicio de la acción de reembolso a favor de la Administración General del Estado por la «vía administrativa y a través del procedimiento reglamentariamente establecido», habría dejado de hecho vacíos de contenido dichos preceptos. El mantenimiento de las normas especiales sobre competencia objetiva para conocer en vía civil de los procesos en reclamación de la responsabilidad civil judicial directa pone en evidencia la deficiente técnica legislativa empleada en la modificación parcial de la LOPJ por medio de la Ley Orgánica 7/2015. Por desgracia, la modificación del régimen de responsabilidad civil de jueces y magistrados en la vigente LOPJ no es ni el único ni el más significativo ejemplo de la imperfecta técnica y del descuido a los que ya nos tiene acostumbrados el legislador en la etapa final de la presente legislatura.

32 Véase en este sentido, L. Sanz Acosta, *op. cit.* pág. 228.

INTERNACIONAL

LA JUSTICIA PENAL TRANSICIONAL EN LA COLOMBIA DEL POSCONFLICTO Y LAS GARANTÍAS PARA LA PAZ INTERNA *

LUIGI FERRAJOLI

1. EL VALOR DE LA PAZ

Comienzo reconociendo que tengo algunas dificultades para formular un análisis y unas propuestas en lo que se refiere al tema de este congreso. No conozco de cerca la situación actual de Colombia, ni los términos exactos de las negociaciones por medio de las cuales se está desarrollando el proceso de paz ni los avances de tal proceso. Lo que puedo hacer es, por tanto, solamente un discurso de carácter teórico relacionado con las dos cuestiones suscitadas por el tema de este congreso. La primera cuestión atañe al tipo de justicia penal capaz de favorecer e, incluso, de hacer posible la pacificación, es decir el cese del conflicto. La segunda cuestión concierne las garantías jurídicas idóneas para asegurar una paz duradera, es decir el mantenimiento y la consolidación de la pacificación nacional. Sólo hablaré sumariamente de la primera cuestión, sobre la que ya existe en Colombia un intenso debate y una vasta literatura y que, ciertamente, será ampliamente discutida en este congreso con un conocimiento de causa mejor que el mío. Hablaré en cambio más ampliamente de la segunda cuestión, que es un tema de teoría general del derecho y que pero en Colombia se plantea con evidente urgencia y actualidad, y además puede encontrar, en el proceso de paz colombiano, una extraordinaria oportunidad para ser estructurado y afrontado racionalmente desde la raíz como cuestión de carácter general.

Antes de discutir sobre estas dos cuestiones, me parece necesaria una premisa, que creo es bastante obvia y que, sin embargo, se debe tener siempre en cuenta. Cualquier reflexión sobre la “justicia transicional”, como ha sido llamada la justicia requerida desde la transición hacia la paz¹, y más en general sobre las políticas necesarias para la

* Traducción de Mauricio Martínez, Eduardo Sastoque y Tatiana Effer. Conferencia introductoria del seminario “Justicia, derecho y posconflicto” celebrado en la Universidad Santo Tomas de Tunja, Colombia, los días 15, 16 y 17 de septiembre de 2015.

¹ Me limito a recordar, sobre esta noción, tres colecciones de ensayos: *Justicia transicional. Teoría y praxis*, a cargo de Camila de Gamboa Tapias, Ed. Universidad de Rosario, Bogotá 2006; International Crisis Group, *Justicia transicional y los diálogos de Paz en Colombia*, “Informe sobre América Latina”, n. 49 del 29.8.2013; *Diálogo constitucional para la paz. Memorias del IX Conversatorio de la jurisdicción constitucional de Colombia, 18-2.9.2013*, a cargo de J. I. Palacio

consolidación de la paz, tiene que partir de una idea básica: la idea de que la paz es un valor supremo, representando la premisa misma de la convivencia civil y por lo tanto de cualquier otro valor político. “Hay verdades tan evidentes por sí mismas —escribió Hans Kelsen en el prefacio de su gran libro de 1944, *La Paz por medio del derecho*— “que deben ser proclamadas una y otra vez para que no caigan en el olvido. Una de esas verdades es que la guerra es un asesinato en masa, la mayor desgracia de nuestra cultura, y que asegurar la paz mundial es nuestra tarea política principal, una tarea mucho más importante que la decisión entre la democracia y la autocracia, o el capitalismo y el socialismo”². Es más: la paz —el cese del *bellum omnium contra omnes* propio del estado de la naturaleza y la transición del estado de guerra al estado de paz— representa, como escribió Thomas Hobbes, el fundamento basililar del contrato social y la razón misma del artificio jurídico e institucional, que consiste precisamente en la garantía de vida contra la ley salvaje del más fuerte que rige en el estado de la naturaleza³.

Agrego que este fundamento, como ustedes saben, está instituido expresamente en la Constitución Política de Colombia, que, a diferencia de otras Constituciones, como la italiana, que se limitan a manifestar el rechazo a la guerra, consagra la paz como un derecho fundamental. “La paz”, dispone el art. 22 de la Constitución de Colombia, “es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”: es, por ende, un derecho de la persona y a la vez un correspondiente deber de la esfera pública cuyo cumplimiento es cometido primario del Estado. Consistiendo en un derecho fundamental, el derecho a la paz, entonces, al igual que todos los derechos fundamentales, es un derecho contramayoritario, cuya implementación precisamente, es una obligación inderogable a cargo del Estado, incluso contra la voluntad de cualquier mayoría. Por esto sería impropio e inaceptable el sometimiento de la paz, es decir de la solución pacífica del conflicto en cuanto negociada, a consultas populares, lamentablemente de incierto resultado: sobre la paz no se vota ni se decide por mayorías, del mismo modo que no se vota ni se decide por mayoría respecto a la dignidad o la igualdad de las personas o respecto a otros principios supremos como son el derecho a la vida y las libertades fundamentales.

Por lo tanto, la realización de la paz y el “*nunca más*” a la guerra deben representar ya sea en un plano teórico y filosófico o en el del derecho positivo, un objetivo político y una obligación jurídica prioritaria sobre cualquier otra: un objetivo, entonces, que debe ser alcanzado a cualquier precio. Preguntémos entonces: ¿cuál es el precio que se

Palacio, I. H. Escrucería Mayolo y L. A. Ramirez Alvarez, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá 2014.

2 H. Kelsen, *La paz por medio del derecho* (1944), trad. esp. de L. Echavarrí, introducción de M. La Torre y C. García Pascual, Trotta, Madrid, 2003, . Recuérdense también estos dos célebres pasos kantianos: “Solo [...] será en sí misma justa y moralmente buena aquella constitución de un pueblo [...] que, por su índole, tienda a evitar, según principios, la guerra agresiva —constitución que no puede ser otra, por lo menos en idea, que la republicana—, y a entrar en aquella condición que acabará con las guerras (fuente de todos los males y de toda corrupción de las costumbres) y, de este modo, se podrá asegurar negativamente al género humano, a pesar de su fragilidad, el progreso hacia mejor” [1798] (I. Kant, “Si el género humano se halla en progreso constante hacia mejor”, en *Íd., Filosofía de la historia*, prólogo y traducción de Eugenio Imaz, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, § 6, pp. 219-220); “Por lo que respecta a los hombres mismos, a lo que en ellos podemos esperar y fomentar, no hay sino una sabiduría negativa que puede servirnos, a saber, la de que les obligue a que la guerra, el mayor obstáculo de lo moral, pues no hace sino retrasarlo, se haga poco a poco más humana, luego menos frecuente, y por último desaparezca como guerra agresiva, para, de este modo, implantar una constitución que, por su índole, sin debilitarse, apoyada en auténticos principios de derecho, pueda progresar con constancia hacia mejor” (*ibid.*, § 9) .

3 T. Hobbes, *Tratado sobre el ciudadano* (1642), edición de Joaquín Rodríguez Feo, “Prefacio al lector”, Trotta, Madrid, 1999, p. 9. Recuérdese además la clásica tesis weberiana que identifica al Estado con el “*instituto político* de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente” (M. Weber, *Economía y sociedad* [1922], trad. esp. de J. Medina Echavarría, J. Roura Perella, E. García Máñez y J. Ferrater Mora, vol. I, primera parte, cap. I, § 17, pp. 43-44 y *passim*, Fondo de Cultura Económica, México, 2ª ed., 1964).

debe pagar por este objetivo? El precio es, precisamente, la renuncia a someter a los combatientes a la justicia penal ordinaria y por lo tanto la estipulación, para ellos, de un modelo diferente de justicia: el modelo, que de hecho, ustedes también han llamado “justicia transicional” y al cual está dedicada esta conferencia.

2. ¿QUÉ JUSTICIA PARA EL POSCONFLICTO?

Llego así a la primera de las dos preguntas que formulé al principio: ¿cuál justicia para el posconflicto? ¿En qué debe consistir esta justicia transicional, cuya definición, en el 2012, ha sido confiada por ley a una futura “ley estatutaria” que será elaborada sucesivamente a “un acuerdo de paz” entre los actores del conflicto?⁴.

Tiene que consistir, si aceptamos lo dicho hasta ahora sobre la paz como valor político supremo, presupuesto de cualquier otro, en un tipo de justicia inspirada en un objetivo claro: el cese de la guerra interna y la pacificación entre todos los diferentes combatientes, con base en una efectiva reconciliación nacional que no deje sobre el terreno odios, rencores, sentido de la injusticia padecida, deseos de venganza y por tanto el peligro de una reapertura de la guerra. Tiene además que involucrar a todas las partes de un conflicto que en Colombia ha durado más de cincuenta años: a las formaciones guerrilleras, las organizaciones paramilitares, las neo-paramilitares de los “grupos emergentes” y sectores, en fin, del mismo ejército regular⁵. Es evidente que este tipo de justicia alternativa, que tiene como fin la transición a la paz, no puede ser, como ya he dicho, la justicia ordinaria. Por dos razones. La primera razón es de orden jurídico: la violencia entre los alzados en armas realizada en el estado de guerra no puede ser valorada y calificada con el criterio del derecho penal ordinario. “*Silent enim leges inter armas*”, escribió Cicerón⁶ con referencia a la Roma de su tiempo, a su vez atormentada y afligida como la Colombia actual, por la guerra civil. En el estado de guerra, añadió Thomas Hobbes, nada puede decirse injusto, no habiendo en ello espacio para las nociones de justo y de injusto⁷. La segunda razón es de carácter político: una efectiva pacificación nacional no puede alcanzarse tratando a los combatientes como delincuentes solo porque son combatientes, y tampoco distinguiendo entre vencedores y vencidos y castigando a los vencidos como criminales. Las acciones de guerra, los choques bélicos —las violencias *inter arma*— no pueden ser luego configuradas como crímenes con base en las leyes penales ordinarias. Pueden serlo, con base en el derecho bélico humanitario, solamente si consisten en crímenes de guerra o en crímenes contra la humanidad.

Es este un primer límite, de carácter objetivo, *ratione materiae*, de la justicia transicional. Tienen que formar parte de tal justicia todos y sólo los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, ante todo los que atentan contra la población civil

4 El fundamento jurídico del proceso de negociaciones de paz reside en el “Marco jurídico para la paz” aprobado por el Congreso colombiano el 14 de junio de 2012 y luego por el “Acto Legislativo no. 01”, del 31 de julio de 2012, uno y otro en realización del derecho a la paz y del deber del Estado de satisfacerlo establecido por el ya recordado art. 22 de la Constitución colombiana. Recuérdese también la importante “Ley de víctimas y restitución de tierras”, del 2011, sobre la reparación de los crímenes, ante todo la restitución a las víctimas de las tierras injustamente ocupadas.

5 Me limito aquí a recordar, sobre los hechos y sobre los actores de la guerra interna en Colombia, N. Chaparro Castañeda, *Amnistía e indulto en Colombia*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá 2013, pp. 54-71 y V. Molinares Hassan, *Guerra irregular y constitucionalismo en Colombia. Protección judicial a la democracia y las libertades*, Universidad del Norte Editorial, Barranquilla, Colombia 2014, pp.23-28, 34-37 y 78-79, notas 4-9, 15 y 62 -63. Un cuadro dramático de la violencia y la corrupción en Colombia fue presentado por la sentencia del Tribunale Permanente dei Popoli del 23.7.2007, *Politiche transnazionali in Colombia*, Bogotá, 2008.

6 Cicerón, *Pro Milone*, IV, § 11.

7 T. Hobbes, *Leviatán, La materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*, trad. esp. de C. Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1989, cap. 13, p. 109.

—las masacres, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada de personas, los secuestros, las violaciones y las torturas, en resumen todos los crímenes previstos en el art. 5 del estatuto de la Corte Penal Internacional aprobada en Roma el 17 de julio de 1998— cometidos por todos los actores del conflicto, no sólo de la guerrilla sino también de la contra guerrilla. A este límite objetivo se puede añadir un límite ulterior, de carácter subjetivo: sólo los máximos responsables de tales crímenes deben ser sometidos a este tipo de justicia penal.

Aclarado y delimitado de esta manera el objeto de la justicia transicional, preguntémos entonces: ¿en qué forma este tipo de justicia se distingue y tiene que distinguirse de la justicia penal ordinaria? Esencialmente en un punto, lógicamente consecuente con las dos razones antes mencionadas que justifican su adopción: su carácter no “retributivo”, no “punitivo”, sino sencillamente “reparador” y “restaurativo”. “Justicia de reparación” ha sido llamada efectivamente esta clase de justicia⁸, basada en el reconocimiento de que hay valores morales y políticos que no son inferiores al de la justicia retributiva y el severo castigo de los culpables, como la reconciliación nacional, la reparación de las injusticias y, sobre todo, la reconstrucción de la verdad histórica, que se logra dando la palabra a las víctimas, reconociendo públicamente sus sufrimientos y por lo tanto rehabilitándolas en su dignidad de personas.

Esta claro que una justicia transicional semejante —orientada a la averiguación de la verdad y por tanto de la responsabilidad de los autores de las atrocidades cometidas y, al mismo tiempo, al resarcimiento de las víctimas— no equivale para nada a la impunidad que provendría de una amnistía política generalizada e incondicional. Se ha observado que este tipo de amnistía contrastaría con los principios del Derecho Internacional Humanitario, comenzando con la exclusión de la impunidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad y con la confirmación de su imprescriptibilidad, establecidas respectivamente en el preámbulo y en el artículo 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado en Roma en 1998⁹. Sin embargo, no es ciertamente por razones jurídicas y menos aún por razones de derecho internacional que la simple impunidad sería inaceptable. Es el mismo derecho internacional, en efecto, el que admite una excepción a esta prohibición de la impunidad: el artículo 6, parágrafo 5 del II Protocolo adicional de 1977 a la Convención de Ginebra de 1949, dedicado a la “protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”, establece expresamente que “a la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”¹⁰. Sin contar que el principio de la paz forma la norma fundamental del derecho internacional, nacido desde la fundación de la ONU (recuérdese el encabezamiento de la Carta de las Naciones

8 Por F. Cortés Rodas, “El derecho internacional penal y el asunto de la amnistía. El caso de las Farc”, en *Araucaria. Revista ibero-americana de Filosofía, Política y Humanidades*, a.15, n.30.

9 Véase, en este sentido, el libro de N. Chaparro Castañeda, *Amnistía e indulto en Colombia* cit., que contiene un análisis crítico de las 17 leyes de amnistía e indulto, ocho entre 1965 y la Constitución del 1991 (*ibid.*, pp.72-101) y nueve sucesivas (*ibid.*, pp. 101-132), ninguna de las cuales ha alcanzado el efecto de la pacificación.

10 Es la norma recordada —como fundamento de la legitimidad de los “perdones judiciales” orientados, como en Colombia, a poner fin a una guerra civil —por F. Cortés Rodas, *El derecho internacional penal y el asunto de la amnistía* cit., que señala igualmente el art. 150, numeral 17 de la Constitución colombiana, según el cual el Congreso puede “conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar”. Lo que el Estatuto de la Corte Penal Internacional ha querido excluir, agrega Cortés Rodas, son las amnistías concedidas en los casos de complicidad de los gobiernos con los criminales, y por tanto las “leyes de punto final”, las “amnistías en blanco” y las “auto-amnistías” concedidas a favor de los mismos gobernantes.

Unidas); entonces sería absurdo que la paz fuese obstaculizada justamente por normas de derecho internacional.

Es por razones morales y políticas, más que por razones jurídicas que la impunidad pura es inaceptable. Precisamente el logro de la paz y la garantía del “nunca más” a la guerra excluyen la *tabula rasa*, el *borrón y cuenta nueva*, el archivo y el olvido del pasado. La impunidad produciría en efecto, junto al sentido de la injusticia sufrida y no verificada y por tanto a una ulterior violencia en daño de las víctimas, el no reconocimiento por parte de estas de los autores de los crímenes como con-ciudadanos y, peor aún, el auto-desconocimiento de las víctimas mismas como con-ciudadanos y una ulterior lesión de su dignidad de personas. Se volvería, en síntesis, un obstáculo para la paz.

La pacificación requiere por tanto la reconciliación, a su vez solamente posible con fundamento en el resarcimiento moral de las víctimas constituido ante todo por el reconocimiento público de todos los crímenes de guerra padecidos por ellos durante el conflicto armado. Requiere, para que la guerra no vuelva a repetirse, la construcción de una memoria colectiva y compartida de los horrores del pasado. Es justamente para este objetivo que se hacen necesarios los procesos contra quien se ha manchado de crímenes de guerra o contra la humanidad: los procesos, téngase en cuenta, antes que las penas; la comprobación de la verdad promovida por las víctimas o por sus familiares y basado sobre todo en sus testimonios, antes que en la ejecución de la pena; la reconstrucción histórica de las ejecuciones más graves y el descubrimiento de los responsables, mucho más que las sanciones. Objetivo y efecto de los procesos, en efecto, es poner término a la espiral de otro modo incesante de la venganza. Recuérdese la conclusión del ciclo de las tragedias de la *Orestíada*: la espiral infinita de la venganza de la sangre se concluye con la institución en Atenas, por parte de Atenas, del Areópago, es decir de un juez tercero llamado a verificar las responsabilidades y a reemplazar la lógica de la guerra y la venganza con la lógica, opuesta y totalmente asimétrica, del derecho y de la pena¹¹.

Naturalmente no es fácil realizar el justo equilibrio entre instancias de justicia, y por tanto de verdad, y necesidad de la reconciliación nacional y por tanto de la pacificación. Podemos sin embargo reconocer, teniendo en cuenta esta doble perspectiva, que una gran lección de civilización, que bien podría ser seguida y perfeccionada por Colombia, proviene de los Tribunales de la verdad instituidos en Sudáfrica después del fin del *apartheid*, y luego en Perú y en Guatemala al final de otros tantos conflictos internos. Lo que cuenta en efecto, para conciliar paz y justicia, es la comprobación pública, a través de los procesos, no tanto de las acciones de guerra, *inter arma*, no susceptibles de juicio penal, sino sólo de juicio histórico, sino de los crímenes de guerra cometidos por todos los actores del conflicto: no sólo por los guerrilleros y los paramilitares, sino también por los exponentes del ejército regular y los gobernantes que se hayan manchado de violencias, masacres y torturas en perjuicio de las población civil. Los crímenes de estos últimos son en efecto todavía más graves que aquellos cometidos por los guerrilleros, habiendo sido cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas en clamorosa violación del derecho penal del mismo Estado del que ellos son oficiales públicos.

En cuanto a las penas destinadas a ser aplicadas por la justicia transicional, esas pueden ser muy leves, incluso simbólicas. Para que esa clase de justicia alternativa sea

11 Es el momento del paso de la justicia privada de la venganza a la justicia pública del derecho penal, celebrado en las *Euménides* de Esquilo. A propósito de esta contraposición entre justicia penal y venganza, entre derecho y guerra, remito a mi *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), trad. esp. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos Basoco, Trotta, Madrid, 10ª ed. 2011, § 25, 1, pp. 338 ss.

aceptada por todos los contendores y sea por lo tanto un factor de paz, ellas tienen que consistir, en vez de un encierro, en penas alternativas a la prisión como las detenciones domiciliarias, la estadía obligatoria o la prohibición de estar en determinadas localidades, la obligación de realizar trabajos socialmente útiles, la destitución de los funcionarios públicos implicados en los crímenes comprobados y similares. En todos los casos —hasta en el caso de una posible amnistía así llamada “impropia”, es decir después del juicio y la condena, o de un amplio indulto de las penas—, si concurrieran la comprobación de la verdad y el resarcimiento de las víctimas, no podrá hablarse de “impunidad”. Una pena a cargo de los responsables, en efecto, es representada en todo caso por la comprobación pública de sus responsabilidades y por tanto por la condena y por la estigmatización moral y política de sus acciones. A esta condena pública, si y sólo si la verdad será comprobada, se sumará luego aquella, inflexible y cierta, de la historia.

3. ¿QUÉ GARANTÍAS DE LA PAZ?

Sólo una justicia transicional tendiente a la reconciliación y por tanto a la búsqueda de la verdad puede asegurar pues, además de una sustancial indulgencia punitiva, una efectiva pacificación nacional. Pero a tal fin las formas de la justicia penal transicional no bastan. Para alcanzar la pacificación y la consolidación de la paz se necesitan otras garantías, no menos, y quizás todavía más importantes.

Llego así a la segunda cuestión formulada al principio y a la que está sobre todo dedicada esta conferencia: ¿qué otras garantías se necesita introducir para el soporte, el mantenimiento y la consolidación de la paz de una comunidad nacional? Me parece que se pueden indicar, para tal objetivo, tres clases de garantías, todas informadas por el nexo, en el plano de la teoría del derecho y de la filosofía política, entre paz, derecho y razón: a) en primer lugar la asimetría entre las formas del Estado de derecho y la violencia extra-legal, ya sea bélica o criminal; b) en segundo lugar, la prohibición radical de las armas y por tanto el desarme total de la sociedad civil y la confirmación del monopolio estatal de la fuerza; c) en tercer y último lugar el desarrollo de la democracia: sea de las formas propias de la democracia político-representativa, sea de los contenidos garantistas impuestos por la democracia constitucional.

3.1. *La asimetría entre Estado de derecho y violencia extra-legal*

La primera garantía consiste en la salvaguardia, en la exhibición y en el desarrollo de las formas jurídicas del Estado de derecho. Consiste, precisamente, en la construcción de la diferencia entre la civilización del derecho y la incivilización de la guerra, es decir de la asimetría entre Estado de derecho y violencia extra-legal. Esta diferencia y esta asimetría comportan la renuncia a cualquier forma de estado de excepción, o de asedio, o en todo caso de violencia institucional simétrica al estado de guerra. Sólo la asimetría entre la civilización del derecho y la incivilización de la violencia extra-legal es en efecto capaz de deslegitimar moral y políticamente tanto la violencia de la guerra como la de la criminalidad. Sólo el desarrollo de las garantías penales y procesales del estado de derecho, y por tanto la distancia exhibida entre la justicia del debido proceso y la injusticia de la violencia arbitraria, son idóneas para aislar socialmente a la violencia desordenada y salvaje de cualquier tipo y a poner punto final, como en la *Orestíada*, a la espiral, de otro modo incesante, de la venganza y la guerra.

Es justamente la experiencia institucional colombiana de estos últimos quince años, considero, la que proporciona una confirmación, si es que fuera necesaria, del valor político y moral de esta distancia y esta asimetría. Debemos en efecto reconocer —

como me parece sea ya comúnmente reconocido— el fracaso de la llamada “política de seguridad democrática” promovida en Colombia en la primera década de este siglo y que consistía en la respuesta simétrica del Estado a la guerra con la guerra, y además en medidas excepcionales de carácter liberticida. Aquella estrategia no produjo mínimamente una reducción de la violencia política en Colombia. Al contrario, tuvo el efecto de añadir a la violencia de la guerrilla la violencia no menos grave de las formaciones paramilitares y de unos sectores de las mismas Fuerzas Armadas del Estado.¹² Pero no sólo. Una estrategia parecida ha tenido el efecto ulterior de desacreditar las instituciones estatales, de minar en el sentido común de la gente la percepción de la ilegitimidad de la guerrilla y de reducir por lo tanto las posibilidades de la pacificación y de una solución negociada del conflicto. La lógica de guerra adoptada por el Estado para enfrentar la violencia extra-legal, en efecto, suprime la asimetría entre la violencia criminal y la respuesta institucional, elevando la violencia extra-legal al nivel del Estado o, lo que es lo mismo, rebajando el Estado al nivel de la violencia extralegal. Ha sido quizás la desaparición, en aquellos años, de esta asimetría entre derecho y guerra uno de los principales factores de la espiral perversa de los conflictos armados.

Debemos sin embargo reconocer, por el contrario, que justo en los mismos años, y luego en el último quinquenio, aquella asimetría entre la civilización del derecho y la barbarie de la guerra ha sido instituida y salvaguardada por el papel de defensa del Estado constitucional de derecho y el paradigma de la democracia constitucional desarrollado por la jurisdicción colombiana: por la Corte Suprema y, sobre todo, por la Corte Constitucional introducida por la Constitución de 1991. Ha sido precisamente la Corte Constitucional que, en aplicación de los artículos 241-243 de la Constitución, ha afirmado y defendido la asimetría entre Estado de derecho y guerra con algunas de sus históricas sentencias: la sentencia número 817 del 2004 con la que ha declarado la inconstitucionalidad, por violación de los derechos fundamentales constitucionalmente estipulados, del Acto legislativo número 2 del 2003 conocido con el nombre de “Estatuto Antiterrorista”; las sentencias números 940 del 2002, 70 del 2009 y 252 del 2010 contra otras tantas leyes que declararon estados de excepción o de emergencia; y luego las sentencias números 551 del 2003, 1040 del 2005 y 141 del 2010 con las cuales la Corte impidió la involución en sentido plebiscitario del sistema político colombiano, bloqueando tres proyectos de reforma constitucional directas, por medio de referendo, para permitir la reelección para un tercer mandato del presidente entonces en el cargo¹³.

De este modo la Corte constitucional se confirmó como autoridad para garantizar el equilibrio de los poderes y como guarda de la Constitución, contra las tentativas de reforma y manipulación llevadas a la práctica por el poder ejecutivo. Creo que no haya ningún otro país en el mundo en el que, como en Colombia, la jurisdicción constitucional haya desarrollado, además de todo en medio de un orden institucional hostil, un papel tan decisivo en la salvaguardia y en la construcción del Estado constitucional de derecho y en la afirmación de sus valores en el sentido común. Al punto que bien podemos decir que justamente la asimetría con tales valores instituida y garantizada

12 Sobre estas violencias véase V. Molinares Hassan, *Guerra irregular y constitucionalismo en Colombia* cit., pp. 33-60, que recuerda las ejecuciones sumarias de civiles inocentes presentados como “terroristas”, los así llamados “falsos positivos” por obra de exponentes de las Fuerzas Armadas con el solo objetivo de conseguir las recompensas ofrecidas por el gobierno por la captura y muerte de guerrilleros; en particular el caso clamoroso del asesinato de los jóvenes de Soacha, engañados con una oferta de trabajo y luego asesinados bajo la falsa acusación de ser guerrilleros.

13 Sobre esta jurisprudencia y, más en general, sobre este doble proceso —los intentos de involución antiliberal y plebiscitaria del sistema político puestos debidos al gobierno del presidente Uribe y el simultáneo papel de contención y salvaguardia de la Constitución desarrollados por la Corte constitucional— véase todo el ya citado libro de V. Molinares Hassan, *Guerra irregular y constitucionalismo* cit.

por numerosos pronunciamientos de la Corte ha constituido la fuente principal de la deslegitimación política y moral de la violencia de la guerrilla y todas las otras formas de guerra interna y representa, por lo tanto, un potente factor del inicio y, en perspectiva, de la consolidación del proceso de paz.

3.2. *El desarme de la sociedad civil y el monopolio policial de la fuerza*

Hay sin embargo un elemento específico de la asimetría entre Estado y sociedad que en Colombia, aunque no sólo en Colombia, no ha sido realizado y que constituye el segundo orden de garantías, en mi opinión esencial, que debe ser introducido con miras a mantener y consolidar la paz: el completo desarme de la sociedad civil y el monopolio estatal de la fuerza, teorizados por Thomas Hobbes en los orígenes de la modernidad¹⁴.

Esta segunda garantía de la paz consiste en la eliminación radical de las armas. Es obvio que el desarme de todos los grupos armados y la entrega de los armas tienen que representar una condición esencial impuesta a todos los sujetos del conflicto para beneficiarse de la justicia transicional en vez de la justicia penal ordinaria. Pero una efectiva garantía del desarme, a mí parecer, debería consistir, más que en la simple cesión de las armas o en una, aunque relevante, restricción de las condiciones del “porte de armas”, en una medida bastante más radical: en la consagración de todas las armas como “bienes ilícitos”; de aquí que deberían ser prohibidas su tenencia, sin ninguna excepción, y, aún más, su comercio y producción.

Es esta una cuestión de fondo, sobre la que he insistido muchas veces¹⁵ y que va mucho más allá del problema de la pacificación nacional en Colombia. Cada año, en el mundo, hay cientos de miles de homicidios: exactamente 437.000 solo en el 2012, la mayor parte con armas de fuego; sin contar los muertos todavía más numerosos (se calcula aproximadamente unos dos millones) provocados por las muchas guerras civiles o entre Estados. Más de un tercio de los homicidios, 157.000, ha sido cometido en los países de América, en muchos de los cuales existe el libre comercio de armas, con un promedio de 16,3 personas asesinadas por cada 100.000 habitantes, casi el triple de la media global que es de 6 personas por cada 100.000 habitantes, y mucho más que en Europa, por ejemplo en Italia, dónde la misma tasa, a pesar de las mafias y las camorras, es de solo 0,9 por cada 100.000 habitantes¹⁶. La razón es simple: en Italia, como en Europa —por razones de costumbre, además del rígido control de los armas— nadie va por ahí

14 T.Hobbes, *Leviatán* cit., cap. 17, pp. 144-145, en donde Hobbes afirma que si los hombres quieren la paz y la seguridad, “el único modo [...] es el de conferir todo su poder y toda su fuerza individuales a un solo hombre o a una asamblea de hombres que, mediante una pluralidad de votos, puedan reducir las voluntades de los súbditos a una sola voluntad [...] es lo que llamamos estado, en latín *civitas* [...] a quien debemos [...] nuestra paz y seguridad”. Recuérdese también la definición del Estado de Max Weber, citada nuevamente en la nota 3 como la institución que lleva con éxito la pretensión del monopolio de la fuerza legítima.

15 Remito, sobre todo, a *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, (2007), trad. esp. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón Abellán, L. Prieto Sanchis y A. Ruíz Miguel, Trotta, Madrid 2011, vol.I, *Teoría del derecho*, § 11.11, pp.740-742, dónde he definido los “bienes ilícitos”, con la definición D11.33 como todos aquellos bienes de los que son prohibidas la producción y/o la detención y/o el comercio y vol.II, *Teoría de la democracia*, § 16.9, pp.506-512, donde he identificado en el monopolio jurídico de la fuerza y en el total alejamiento de los armas cuál bienes ilícitos, la principal garantía de la paz. He reafirmado esta propuesta en *La democracia por medio del derecho. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político* (2013), trad. esp. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2014, § 5.5, pp.198-199.

16 El país más violento del mundo es Honduras, con un promedio, en el 2012, de 90,4 homicidios por cada 100.000 habitantes. Colombia está en el 10º lugar, con 14.670 homicidios y un promedio de 30,8 asesinatos por cada 100.000 habitantes. El país con el más alto número de homicidios, 50.156, es Brasil. Según los datos Onu, el 95% de los homicidios en el mundo es realizado por hombres, los que componen también el 80% de las víctimas (www.italiansinfuga.com/2014/04/16/classifica-delle-nazioni-in-base-al-tasso-di-omicidi/; www.ilpost.it/2014/04/14/rapporto-onu-omicidi-mondo).

armado y casi nadie posee armas de fuego. La difusión de las armas y las extremas facilidades de disponer de ellas tienen por el contrario un efecto contagioso: las personas se arman por miedo. Cuanto más se generaliza la difusión de las armas, más se induce a armarse para defenderse. Y la consecuencia del miedo y la inseguridad generalizada es la ruptura de los lazos sociales y de la confianza recíproca que forman los presupuestos elementales de la convivencia pacífica y de la misma democracia.

Todo esto significa que no se ha cumplido —no sólo en Colombia, ni en ningún otro país, ni tanto menos en la comunidad internacional— el desarme de los asociados y el monopolio público de la fuerza teorizados por Hobbes hace casi cuatro siglos como las condiciones del paso del estado de la naturaleza al Estado civilizado. Debemos por tanto reconocer que la producción, el comercio, la tenencia y la difusión de las armas —de armas más potentes y destructivas que las de la época de Hobbes— son la señal de una no completa civilización de nuestras sociedades y el principal factor del desarrollo de la criminalidad y de las guerras. Ello no se explica sino con los fuertes condicionamientos ejercidos sobre la política de nuestros gobiernos por los aparatos militares y por los *lobbies* de las fábricas de armas, para que las armas no sean prohibidas como bienes ilícitos, *ne cives ad arma veniant*. Y tampoco se explica —sino con una ilusoria e insensata voluntad de potencia de las naciones, en complicidad también con los intereses de la industria de armas y que son los principales beneficiarios de los gastos militares¹⁷— que no se haya realizado aquel progresivo paso de la comunidad internacional del estado de naturaleza al estado civilizado que es sólo posible con la afirmación del monopolio jurídico de la fuerza por parte de la ONU, prefigurado por la directriz VII de la Carta de las Naciones Unidas, y con la consiguiente, progresiva superación de los ejércitos nacionales, deseada ya por Kant hace más de dos siglos¹⁸.

Tenemos así la paradoja de que los únicos bienes considerados ilícitos son hoy las drogas, aunque su prohibicionismo se haya revelado hasta criminógeno, no sólo en Colombia sino en todo el mundo, a causa de su doble efecto: el desarrollo tanto de la

17 Estos gastos han alcanzado en el 2011 la cifra de 1.740 millardos de dólares, equivalente al 2,6% del PIB mundial (S. Andreis, *Le spese militari nel mondo*, in AA.VV., *Economia a mano armata. Libro bianco sulle spese militari*, Sbilanciamoci, Roma 2012, p. 81). Bien el 43% de este gasto, igual a 698 mil millones de dólares, es sostenida por los Estados Unidos. Siguen China (119 mil millones de dólares), el Reino Unido y Francia (59,3 mil millones), Rusia (58,7 mil millones), Japón (54,5 mil millones), Arabia Saudí y Alemania (45,2 mil millones), India (41,3 mil millones) e Italia (37 mil millones) (*ibid.*, p.83).

18 “Los ejércitos permanentes (*miles perpetuus*) deben desaparecer totalmente con el tiempo. Pues suponen una amenaza de guerra para otros estados con su disposición a aparecer siempre preparados para ella. Estos estados se estimulan mutuamente a superarse dentro de un conjunto que aumenta sin cesar y, al resultar finalmente más opresiva la paz que una guerra corta, por los gastos generados por el armamento, se convierten ellos mismos en la causa de guerras ofensivas, al objeto de liberarse de esta carga; añádase a esto que ser tomados a cambio de dinero para matar o ser muertos parece implicar un abuso de los hombres como meras máquinas e instrumentos en manos de otro (del estado); este uso no se armoniza bien con el derecho de la humanidad en nuestra propia persona” (I. Kant, *La paz perpetua* [1795], trad. esp. de J. Abellán, presentación de A. Truyol Serra, Tecnos, 2ª ed. 1989, Sección primera, § 3, p. 7). “Qué derecho —se pregunta Kant— tiene el estado frente a sus propios súbditos a servirse de ellos en la guerra contra otros estados, a emplear o arriesgar en ello sus bienes, e incluso su vida? [...] Parece que este derecho se pueda probar fácilmente a partir del derecho de cada uno de hacer lo que quiera con lo suyo (con su propiedad)”, es decir a partir del absurdo deseo del soberano de actuar sobre el ciudadano como “propietario indiscutible”. Como entonces puede decirse “de las plantas (por ejemplo, las patatas) y los animales domésticos, puesto que son *obra* de los hombres [...] que se les puede utilizar, consumir y destruir (hacer que los maten), también podría decirse del poder supremo del estado, del soberano, que tiene el derecho de mandar a la guerra a sus súbditos, que en muy buena medida son productos suyo, como a una cacería, y a un combate como a una excursión [...] Pero este fundamento jurídico (del que presumiblemente el monarca pueda tener también una vaga idea) vale sin duda para los animales, que pueden ser *propiedad* del hombre; pero no puede aplicarse en modo alguno al hombre, sobre todo como ciudadano, que ha de ser considerado siempre en el estado como miembro colegislador (no simplemente como medio, sino también al mismo tiempo como fin en sí mismo)” (I. Kant, “Principios metafísicos de la doctrina del derecho”, en *La metafísica de las costumbres* [1797], trad. esp. de A. Cortina y J. Conill Sancho, estudio preliminar de A. Cortina, Tecnos, Madrid, 1989, § 55, pp. 183-184).

macro criminalidad de las organizaciones armadas del narcotráfico, a las que ha regalado el monopolio criminal del comercio de las drogas, como de la micro criminalidad de subsistencia y de la calle, generada en gran parte por el reclutamiento, como expendedores, de los mismos drogadictos, inducidos a la pequeña delincuencia y la venta por la necesidad de proveerse la droga. En Colombia, por demás, el monopolio criminal de la droga se ha revelado incluso como una de las mayores fuentes de financiación de la corrupción y, sobre todo, de las organizaciones armadas, y por tanto un potente alimento del conflicto interno.

Una política racional debería por lo tanto literalmente volcar la actual legislación: de un lado legalizar y por tanto controlar el comercio de las drogas duras y despenalizar, además del consumo personal de estupefacientes, la producción y el comercio de las drogas blandas; de otro lado prohibir radicalmente la producción, el comercio y la tenencia de las armas. En sentido contrario a las drogas, lesivas de quien hace empleo de ellas, es decir solamente a sí mismos, las armas están destinadas a matar a terceros inocentes. Por esto su prohibición es la primera garantía del derecho a la vida. Se trataría, incluso, de una prohibición incomparablemente más eficaz que la de las drogas, no siendo tan fácil como en el caso de las drogas la producción y la venta clandestina de las armas. Para los grupos armados colombianos se trataría de un doble golpe: a sus principales fuentes de financiación y a la fácil disponibilidad de sus instrumentos de guerra.

Deseo insistir sobre esta garantía esencial de la paz, y con ella del derecho a la vida de una masa innumerable de seres humanos, que provendría hoy de una radical proscripción de todas las armas. Ciertamente, como ya he dicho, se trata de un problema global y no solo colombiano. Sin embargo, considero que precisamente el actual proceso de paz podría brindar a Colombia la ocasión para convertirse en el primer país en el mundo que prohíba radicalmente las armas: su producción, su comercio y su tenencia, sin excepción alguna, es decir sin la previsión de ningún posible “salvoconduct”. Se trataría de un mérito extraordinario frente a la historia y de una gran lección de civilización jurídica y política que Colombia, fortalecida de la terrible experiencia de 50 años de guerra civil, proveería a la comunidad internacional.

Pero no solo esto. Colombia, que es hoy de los países del mundo más militarizados y con los gastos militares más altos, podría también abrir camino a la indicación kantiana de la superación de I Ejército, representada hoy en la perspectiva del monopolio jurídico de la fuerza en cabeza de la ONU, como garantía efectiva de la paz y de la supervivencia de la humanidad: una propuesta efectuada en Costa Rica en 1949, al término de una guerra civil¹⁹, sin que por ello la hayan invadido o declarado la guerra, no obstante Centro América sea uno de los lugares más violentos del mundo. El proceso de desmilitarización podría ocurrir gradualmente: mediante jubilación anticipada de sus miembros, la reducción progresiva de las armas y de los gastos militares y la transformación de lo que quede de las Fuerzas Armadas, como sucede en Costa Rica, en una “guardia civil”. Tal proceso asumiría también el sabor de una sanción: una sanción que hubiera podido ser adoptada en todos los países de América Latina — desde Brasil, hasta Chile y Argentina, desde Uruguay y Paraguay hasta Bolivia—, en los cuales el único papel del Ejército ha sido el de dirigir las armas contra las instituciones democráticas y la población civil, y que seguramente tendría, mucho más que unos procesos penales, una efi-

19 La abolición del ejército como institución permanente fue anunciada solemnemente por el líder democrático José Figueres Ferrer el 1° de diciembre de 1948, después de una guerra civil que además duró pocos meses, y fue aprobada por el parlamento poco tiempo después y sancionada por el art. 12 de la constitución costarricense del 27 de noviembre de 1949. El ejemplo fue seguido en 1981 por la República Dominicana, en 1983 por Granada, en 1990 por la vecina Panamá y en 1995 por Haití.

cacia persuasiva contra la repetición de tales traiciones. Pero sobre todo, la progresiva superación del ejército, la prohibición de las armas de guerra y el monopolio no simplemente estatal, sino policial de la fuerza, equivaldrían a un ulterior mérito histórico de Colombia frente a la comunidad internacional. Por lo demás, mientras en el mundo, han casi desaparecido, desde hace tiempo la guerra entre los Estados, en cuya defensa se han justificado ejércitos y armas de guerra, han crecido constantemente las guerras civiles, sobre todo en Medio Oriente y en África —desde Siria hasta Irák y Paquistán, desde Libia hasta Somalia, desde El Congo hasta Costa de Marfil— que golpean sobre todo a la población civil generando oleadas de prófugos en fuga.

Todas estas medidas, debido al papel performativo que el derecho siempre tiene en la formación del sentido común, además valdrían para remover la subcultura de la violencia alimentada por la libre y a veces complacida y fetichista posesión de las armas. Esta subcultura se ha manifestado en Colombia en una concepción militarista de la lucha política: de una parte en el militarismo revolucionario y guerrillero, y de otra en el militarismo estatal y patriótico. La radical prohibición de las armas valdría para promover, en el sentido común, el nexo biunívoco entre democracia y paz, en fuerza del cual son precisamente las formas de la democracia que garantizan el desarrollo pacífico de los conflictos sociales e impiden su degeneración en conflictos armados. Reforzar forma y sustancia de la democracia, transformar el conflicto armado en conflicto político, equivale por tanto a la instauración de aquella que es quizás la más importante garantía de la paz.

3.3 *La democracia en sus dos dimensiones: la política o formal y la constitucional o sustancial*

Llego así al tercer y último orden de garantías de la paz que aquí quiero ilustrar: la construcción y el desarrollo de la democracia. “La democracia —escribió Hans Kelsen— es la forma política de la paz social, de la composición de los contrastes, de la recíproca comprensión sobre una línea mediana. Y si hay en general una vía sobre la cual el terrible conflicto de las clases, que desgarró tan catastróficamente la unidad del pueblo, no empuja a una sangrienta catástrofe revolucionaria, pero tiene que ser solucionado por vía pacífica, ésta es la vía de la democracia, que no es aceptada precisamente por todos los que no quieren la paz y lo que es el precio de la paz: el compromiso”²⁰.

Se trata, agregó, de un doble compromiso de paz: de un lado, el compromiso político, del que habla Kelsen, logrado por el método de gobierno, es decir por la dimensión formal o política de la democracia, como resulta de la representación de todos los ciudadanos en las sedes decisorias; del otro, el compromiso social logrado por los vínculos constitucionales impuestos a la actuación del gobierno, o sea, por la dimensión sustancial o constitucional de la democracia, como está expresada por los principios y por los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos.

El primer papel de mediación pacífica de los conflictos está asegurado por la democracia cual forma y método de gobierno basado en la primacía del parlamento. Es en efecto el Parlamento, como escribió Kelsen, la institución que, a través de la confrontación entre mayoría y minorías “crea la posibilidad de un compromiso”; donde “compro-

20 H. Kelsen, *Difesa della democrazia* (1932), trad. it. en *Sociologia della democrazia*, edición de A. Carrino, Esi, Nápoles 1991, p. 46. Del mismo modo, Norberto Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, trad. esp. de J. Binaghi, Gedisa, Barcelona, 1982, introducción, pp. 18-1914-15: “El ejemplo más alto y más convincente del método de la no violencia para la solución de los conflictos sociales no hay que ir a buscarlo demasiado lejos. Por suerte, cada día lo experimentamos incluso en nuestro país: es la democracia. Desde el momento mismo de su aparición, la democracia ha sustituido la lucha cuerpo a cuerpo por la discusión, el tiro de gracia del vencedor sobre el vencido por el voto y la voluntad de la mayoría que permiten al vencido de ayer convertirse en el vencedor de mañana *sine effusione sanguinis*”.

miso significa: posponer lo que separa a los asociados en favor de lo que les une [...] significa *tolerarse*”²¹. Por esto la mejor forma de democracia, para Kelsen, es la democracia parlamentaria que resulta de la adopción del sistema electoral proporcional: porque, él afirma, “todo el *procedimiento parlamentario* se dirige a la consecución de una vía media entre intereses en contradicción entre sí, de una resultante entre fuerzas sociales contradictorias” que obviamente requiere “que todos los grupos políticos estén representados en el parlamento en relación con su fuerza, para que el *estado real de los intereses*, que es el presupuesto de principio para que pueda realizarse un compromiso”²².

Es incluso verdad que en Colombia, como en todos los Estados del continente americano, la democracia no tiene la forma parlamentaria deseada por Kelsen sino la forma presidencial. Sin embargo el papel de pacificación de la democracia representativa puede ser igualmente alcanzado reforzando los poderes del parlamento con respecto a los del poder ejecutivo y previendo, como, escribe Kelsen, “garantías para que los distintos intereses de los grupos representados en el parlamento obtengan la palabra y puedan manifestarse como tales en un debate *público*”²³. Lo que importa, en efecto, es la recíproca legitimación de las fuerzas políticas en conflicto a través de su representación y su confrontación pública, en un primer momento en los comicios electorales y luego en el debate parlamentario. A tal fin es necesario que en la Colombia del pos-conflicto sean reforzadas y en algunos casos introducidas las garantías del más amplio pluralismo y la máxima participación popular en la política: garantizando el espacio para el desarrollo de los movimientos de oposición y para las manifestaciones de la protesta social, además de su legitimación como efectivas alternativas de gobierno; promoviendo la transformación en partidos políticos de las viejas formaciones de la guerrilla; reforzando las garantías de todas las libertades fundamentales, de la libertad de prensa y manifestación del pensamiento a las libertades de asociación y reunión; asegurando el máximo pluralismo político por medio de la acentuación en sentido proporcional de los sistemas electorales, tanto a nivel nacional como a nivel local; introduciendo garantías idóneas para asegurar la democracia interna en los partidos, a fin de impedirles las bien conocidas involuciones burocráticas y garantizando su papel de órganos de la sociedad; disponiendo formas de financiación pública de los partidos y, más en general, de todos los espacios del debate público, de la confrontación y de la participación de los ciudadanos en la vida política; garantizando el acceso igualitario de todas las fuerzas políticas, comenzando con las de la oposición, a los medios de información y comunicación, y en particular a la televisión, con los relativos derechos de réplica y rectificación; promoviendo, en fin, el desarrollo de una cultura democrática de la paz, de los derechos, de la dignidad de las personas, de la solidaridad social y del recíproco respeto entre diferentes fuerzas políticas.

Nada impide, en fin, que también en Colombia el parlamento y las otras instituciones representativas se consoliden como el lugar central de la política. Es suficiente, a tal fin, que el poder legislativo tome en serio el denso proyecto normativo diseñado por la Constitución de 1991 y por tanto asuma todos los derechos fundamentales en ella es-

21 H. Kelsen, “El problema del parlamentarismo” (1925), en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, edición de J. Ruiz Manero, Editorial Debate, Madrid, 1988, p. 100.

22 *Ibid.*, p.100. “En efecto —escribió a su vez Bobbio, en “¿Es una alternativa la no violencia?, en *El problema*, cit., p. 200—, la función de las denominadas reglas del juego democrático es justamente permitir que las diversas partes políticas luchen entre sí pacíficamente para el logro de metas que fuera de esas reglas no podrían obtener sino con medios violentos. El método democrático es la tentativa más atrevida realizada hasta ahora con el fin de sustituir por medios no violentos los tradicionales medios violentos usados en la competencia por la posesión del poder supremo entre diversos grupos”.

23 *Ibid.*, p. 100.

tablecidos —no sólo los derechos políticos y los derechos de libertad a los que me he referido anteriormente, sino también los derechos sociales y los de los trabajadores— como normas jurídicamente vinculantes y proceda, consecuentemente, a la introducción de sus garantías con la producción de sus leyes de implementación.

Llego así a la segunda dimensión de la democracia, la dimensión sustancial y constitucional, igualmente necesaria, aunada a la formal y política encomendadas por Kelsen, con el fin de la construcción de una paz duradera. Bien vale recordar el suicidio de las democracias ocurrido en Europa en la primera mitad del siglo pasado con la llegada, en formas parlamentarias, del fascismo y del nazismo. Aquella tragedia ha enseñado que la dimensión solamente política de la democracia, que resulta de la representación parlamentaria de las fuerzas que confluyen en la sociedad, no es suficiente, aunque sea sin duda necesaria, para garantizar la democracia y la paz. Por esto al día siguiente de la liberación del nazi-fascismo la democracia fue refundada, en Europa, con la estipulación constitucional del principio de igualdad sustancial, junto a la igualdad formal, y de los derechos fundamentales, no sólo de libertad, sino también los derechos sociales, como límites y vínculos sustanciales a los poderes políticos de las contingentes mayorías.

Es esta dimensión sustancial de la democracia diseñada por la Constitución colombiana de 1991 que debe ser reconocida, también en Colombia como el principal factor de la convivencia pacífica y de una renovada unidad y solidaridad nacional. El constitucionalismo rígido de la segunda post-guerra ha integrado en efecto el papel de mediación de los conflictos, confiado, en el viejo Estado legislativo de derecho, al solo compromiso político a su vez realizado en las formas de la representación, añadiendo el más importante compromiso social y constitucional estipulado una vez por todas con la constitucionalización rígida de los derechos fundamentales y la imposición a las funciones legislativas y de gobierno de las prohibiciones y las obligaciones que constituyen sus respectivas garantías. Es solo, en efecto, la garantía de la igualdad y los derechos fundamentales, primero entre todos el derecho a la subsistencia —la “*par condicio civium*” y sus “*iura paria*”, como escribió Cicerón hace más de dos mil años— que genera la unidad de un pueblo, es decir el sentido de pertenencia de todos y de cada uno a la misma comunidad política²⁴. Y esto vale más aún en países como Colombia, en donde las fuertes desigualdades económicas y los ínfimos niveles de pobreza siempre amenazan con minar a la raíz el sentido de pertenencia de todos los colombianos a la comunidad nacional. En efecto, los que siempre son excluidos por la sociedad civil y legal están expuestos y dispuestos a ser incluidos en la comunidad bárbara de la violencia extralegal, a su vez dispuesta a reclutarlos y a incluirlos, como mano de obra subalterna en sus organizaciones ilegales. Por esto la garantía más eficaz de la paz es la igualdad de todos en los derechos —los *iura paria*, nadie excluido— realizable con la construcción de un eficiente Estado social con base en una política fiscal de redistribución de la riqueza: una construcción, por lo demás, que está expresamente impuesta a la política desde el comienzo de la Constitución colombiana, que en su art. 1 establece que “Colombia es un Estado social de derecho”.

La construcción de la paz es, en fin, todo uno con la construcción de la democracia y de las garantías relativas en todas sus dimensiones: en la dimensión política y en la dimensión constitucional; en la dimensión liberal y en la dimensión social.

24 “Quare cum lex sit civilis societatis vinculum, ius autem legis aequale, quo iure societas civium teneri potest, cum par non sit condicio civium? Si enim pecunias aequari non placet, si ingenia omnium paria esse non possunt, iura certe paria debent esse eorum inter se qui sunt cives in eadem re publica. Quid est enim civitas nisi iuris societas civium?” (Cicerone, *De re publica*, en “Collezione romana” dirigida por Ettore Romagnoli, Istituto Editoriale italiano, Roma 1928, lib. I, XXXII, p. 80).

APUNTES *

• Jueces-síntoma

La recusación de los magistrados de la Audiencia Nacional López y Espejel y el modo como se ha resuelto, es de una relevancia que va mucho más allá del caso concreto. Sirve para poner en el orden del día de las cuestiones que constitucionalmente cuentan la tan traída y llevada politización de la justicia. Un mal realmente existente, debido a la falta de lealtad constitucional de los partidos. En particular de los más grandes, que llevan años manipulando interesadamente en la materia, las cosas por su nombre, *desde el banquillo*. (Y no es una metáfora).

No se trata del manido tópico infracultural sobre la ideología de los jueces (del «apolitismo partidario», según la fórmula, mejor *acto fallido* de un aguerrido votante particular). Una impregnación que, ya se sabe, solo tenían los jueces de izquierda: los otros, jangelitos nuestros!, eran políticamente asexuados. Pero ocurre que cada juez que no sea un extraterrestre (y aun así), tiene la propia; y estaría, incluso, dentro de una cierta *normalidad* que los partidos (vigente el recusable sistema de formación del Consejo) se guíen por sus filias de ese orden. Pero lo que es enormemente bochornoso es que haya jueces (y fiscales) que jueguen a ese mismo juego. Más, si se piensa que, de haber estado estos siempre en su sitio (fuera y dentro del Consejo), las cosas hubieran discurrido por unos derroteros bien distintos.

En una democracia constitucional, no es tolerable que desde el parlamento, bajo los efectos de la degradación partitocrática, se clasifique a los jueces con criterios que no sean los de mérito y capacidad, de profesionalidad, en suma. Pero siendo esto malo, si *todos* los jueces estuvieran donde deben, la jurisdicción podría soportarlo. Lo insoponible es la existencia de jueces con fidelidades *de partido*. *Orgánicos o para-orgánicos*, para entendernos. Con actitudes que, como está demostrado, sirven para hacer carrera, en esta y otras instituciones, pero que son realmente contaminantes, tóxicas, y ponen en quiebra el principio de separación de poderes y la confianza de la ciudadanía.

No se trata de demonizar sin más a esta política, ciertamente demonizable en muchas de sus prácticas relacionadas con la justicia. Lo importante es poner en claro que, incluso *rebus sic stantibus*, todo sería distinto en el palacio de justicia, si todos los que lo habitan ocupasen con independencia, es decir, *con dignidad* todo y solo su espacio. El episodio que motiva estas líneas con su desenlace pone claramente *la pelota* en el tejado de los jueces. Por eso debería servir para algo.

• ¿Y si TC quisiera decir tribunal confesional?

A pesar de que el Guadalquivir no tiene nada que ver con el Pisuerga y ni siquiera pasa por Valladolid, el Tribunal Constitucional ha aprovechado el recurso de un pío farmacéutico sevillano para dotar a la objeción de conciencia de una extensión insólita, haciendo oídos sordos de aspectos relevantes de nuestro marco constitucional y legal, de la je-

* Esta sección ha estado a cargo de P. Andrés Ibáñez, J. Fernández Entralgo y J. Hernández García.

arquía normativa y de significativa jurisprudencia del TEDH . Y, ya puesto, ¿por qué no?, cambiando la toga por la bata del científico, ha decidido que la píldora del día después tiene efectos abortivos. ¡Tan ricamente! Por eso, el deber de tutelar la libertad ideológica del recurrente, que justificaría la decisión de no expenderla en su establecimiento. ¡Y menos mal que el TC ha contenido este impulso y no ha llegado a la demonización jurídica del preservativo, que es hasta donde querría haberle llevado el ponente!

Así va a resultar que el ciudadano pertrechado de su receta médica que pretenda adquirir un fármaco, deberá someterse al tribunal de la conciencia de su vendedor, al fin, un comerciante cuyo grado de compromiso moral en el asunto es el que cabe en la acción de tomar de la estantería —ni siquiera materialmente, por eso de los modernos robots, e incluso por mancebo interpuesto— un específico, llevarlo al mostrador y cobrarlo. Algo bien lejano, pues, en sus implicaciones de las que representaría para un médico objetor la práctica del aborto, que es el supuesto que, tácita y tácticamente, proyecta su alargada sombra sobre estos asuntos.

El TC, al fin, se *lava* la (mala) conciencia con el increíble argumento de que en Sevilla hay muchas otras farmacias en las que proveerse. Curioso, porque incluso siguiéndole es tal especioso modo de discurrir, resulta que no todas están de guardia todos los días y a todas las horas. Por no hablar de lo que resultará de pasear esta jurisprudencia por una geografía como la española, con miles de pueblos sin más que una de esas *oficinas*.

Es posible que la moral católica y la bioética correspondiente, que son las que, sin que se diga, con sus códigos, nutren de munición a resoluciones como la de marras, tengan otros efectos, pero hay uno, objetivo, que no será posible negarles: es la difusión del sufrimiento... entre católicos y no católicos.

• **Compadreo con jueces**

Es el bochornoso titular bajo el que un periódico nacional daba cuenta del tipo de relaciones mantenidas por dos jueces con el exconsejero de la Comunidad de Madrid, ahora encarcelado de la *Púnica*. El motivo: haberse hecho público el registro de la grabación de unas conversaciones en las que el pupilo de Esperanza Aguirre y socio de Marjaliza, hablaba de los besos y el piroppo recibidos de la magistrada Carmen Valcarce, cuando le halló en un pasillo del edificio de juzgados de Plaza de Castilla, en compañía de ocho abogados. La espera de Granados era en ese momento en la calidad de denunciante. Luego vendrían otras esperas en la misma o parecidas puertas, en muy distinta posición procesal. Algo que no se sabe si ha hecho cambiar de opinión a la temperamental requebradora.

De la conversaciones interceptadas formaba parte otra por la que ha podido saberse a Granados inicial destinatario de la petición del aprobado de una asignatura para el hijo del, a la sazón, decano de los jueces de Madrid y ahora brillante ejecutivo de El Corte Inglés, González Armengol. Petición dirigida, en último término, a la esposa de aquel, profesora en alguna universidad privada, que estaba en ella —dijo— para lo que este último pudiera necesitar... ¡Faltaría!

Sería interesante saber qué sienten los concernidos al verse, ahora, públicamente, protagonistas de estos lances, con su amigo Granados entre rejas. Pero más interesante aún conocer *dónde* y *cómo* se *tejen* esas *turbias relaciones*. Qué sentido de la función jurisdiccional y de sus exigencias en los planos de la ética y de la estética tienen quienes se implican en ellas con semejante desenvoltura y sentido de la irresponsabilidad. Y también, cuántos son. Eso, cuántos son...

EXTRACTOS/ABSTRACTS

De las nobles mentiras

Patxi Lanceros

El presente texto trata de identificar el momento el proceso en virtud del cual los relatos identitarios sustituyen el diálogo político. A la vez se indagan algunos mecanismos, fundamentalmente retóricos, en los que se basa la confección del relato y se cifran las posibilidades de su éxito.

Of noble lies

This article tries to identify both the moment and the process through the identity narratives replace the political dialogue. While some mechanisms will investigate, mainly rhetorical, in which the making of the narration is based. And in which the chances of success are based.

El difícil lenguaje de las sentencias

Carlos Gómez

El lenguaje de las sentencias acusa distintas deficiencias. Como acto de autoridad presenta tintes decisionistas, contrarios a su condición de medios de composición racional de conflictos; como acto de aplicación del derecho, utilizan formas de expresión arcaicas y técnico-jurídicas que las hace difícilmente comprensibles; y como acto de explicación del derecho, al dirigirse a un público amplio que el de las partes procesales y profesionales, las sentencias precisan de un nuevo lenguaje inspirado en la pragmática, así como un esfuerzo formativo y la asunción de la claridad en la expresión como principio de ética judicial.

The difficult language of judgments

There are some deficiencies in the language of judgments. As an act of authority judgments show an arbitrary hint, contrary to their nature as a mean of rational settlement of disputes. As an act of application of law, judgments often use old-fashioned and legal terminology which is difficult to understand. And as an act of explanation of law addressed to a wider audience than the parties and legal professionals, judgments demand a new language inspired in pragmatism resulting from a training effort and the acceptance of clarity of expression as a principle of judicial ethics.

La prescripción del delito y la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la Ley Orgánica 5/2010

José Grau

El trabajo analiza la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre la prescripción de los delitos durante los cerca de cinco años transcurridos desde la entrada en vigor de la reforma del CP operada por la Ley Orgánica 5/2010, especialmente la interpretación realizada del nuevo art. 132.2.1 del CP, al disponer que “se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta”.

The statute of limitations of criminal offences and the case-law of the Spanish Supreme Court after Organic Act 5/2010

This paper analyses the case-law of the Criminal Division of the Spanish Supreme Court on the statute of limitations of criminal offences during the period of five years passed since the reform of the Criminal Code by way of Organic Act 5/2010 came into force. The author presents the construction by the Court of article 132.2.1 of the Criminal Code, pursuant to which “proceedings shall be deemed as being conducted against a specific person from the moment when, at the time of the commencement of the proceedings or thereafter, a reasoned judicial decision is issued attributing him/her the presumed participation in an act constituting a crime or a misdemeanor”.

El impacto del acoso, estrés y otros riesgos profesionales en la salud judicial

Gloria Poyatos i Matas

Las especiales características de la prestación de servicios jurisdiccionales, requieren una eficiente organización y gestión del trabajo, que permita un tratamiento especial y específico de los distintos riesgos

psicosociales, que con mayor virulencia afectan a los integrantes de la carrera judicial. El de mayor impacto es, sin duda, el estrés, directamente conectado con una pésima gestión organizacional en la distribución de la carga de trabajo judicial.

The impact of harassment, stress and other professional risks on judges' health

The special features of the performance of judicial functions require an efficient work organization and management allowing a specific treatment of the psychosocial risks that affect members of the judiciary more acutely. Professional stress deriving from a poor organizational management in the allocation of judicial workload is the most serious of those risks.

Estado social y estado económico

Miguel Angel García Herrera

Después de varias décadas, se ha consolidado la convicción de la necesidad de reformar la Constitución de 1978. Son diversas las posiciones sobre el alcance de dicha revisión. Sin embargo, mayoritariamente se admite la vigencia de las decisiones fundamentales de aquella. Este artículo quiere poner de relieve que el Estado social ha sido superado históricamente por la aparición de una nueva forma de Estado: el Estado económico. Este cambio plantea incontables problemas teóricos: su fundamento material y jurídico, los nuevos fines del Estado. Suscita además la tensión entre la supervivencia de la Constitución y su incapacidad de dotar de sentido a la transformación social, económica y política. El nuevo desafío constitucional consiste en someter a control democrático al capitalismo financiarizado, tema que está ausente en la reforma constitucional propuesta por las fuerzas mayoritarias.

Social state and economic state

After some decades, the certainty of the need to reform the Spanish Constitution of 1978 has consolidated. There are different proposals as to the scope of the constitutional reform. However, it is generally accepted that the basic choices made in the Constitution of 1978 are still valid. This paper stresses the fact that the social State has been historically surpassed by the emergence of a new form of State: the economic State. This change poses many theoretical problems: its legal and material foundation and the new State aims. It also raises the issue of the tension between the survival of the Constitution and its inability to make sense of the social, economic and political transformation. The new constitutional challenge lies in the submission of financial capitalism to democratic control, an issue which is absent in the proposals for constitutional reform made by the major political parties.

“Neuropruebas” y filosofía

Daniel González Lagier

En este trabajo se distinguen tres tipos de dudas que suscita el uso en el proceso judicial de las técnicas basadas en la neurociencia para la determinación de la verdad o la mentira o para la prueba de los estados mentales: Dudas técnicas respecto a su fiabilidad y modo de realización; dudas deontológicas respecto de su admisibilidad moral y jurídica; y dudas filosóficas respecto de su fundamentación en una adecuada teoría de la mente humana. El trabajo se centra en estas últimas, discutiendo tres posibles objeciones: la objeción del reduccionismo, la objeción del determinismo y la objeción de atribuir a una parte (el cerebro), estados (intenciones, decisiones, creencias, emociones, etc.) que son sólo atribuibles a la persona en su conjunto”.

“Neuroevidence” and philosophy

his paper distinguishes three kinds of questions posed by the use of techniques based in neuroscience in order to establish truth or falseness or to prove mental states in the context of the judicial process: technical questions regarding their reliability and implementation; ethical questions concerning their moral and legal admissibility; and philosophical questions about their foundation on a suitable theory of the human mind. The article focuses on the latter and discusses three possible objections: the objection of reductionism, the objection of determinism, and the objection based on the attribution to a part (the brain) of states (intentions, decisions, beliefs, emotions, etc.) that can only be attributed to the person as a whole.

El derecho al aborto en Europa: las razones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *A, B y C v. Irlanda*

Silvina Alvarez

La última sentencia del TEDH en materia de aborto fija los límites para la interpretación de los derechos reproductivos de las mujeres en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dichos límites se establecen en relación con las convicciones morales de la sociedad de referencia. Sin embargo, la decisión final estaría indicando que no basta la existencia de consenso para oponerse a la regulación irlandesa en materia de aborto, y que haría falta ahondar en el alcance de los derechos comprometidos -tarea que, sin embargo, el Tribunal prefiere no emprender.

The right to abortion in Europe: the reasons of the European Court of Human Rights in the case *A, B and C v. Ireland*

The latest decision of the ECHR on abortion defines the limits for the construction of women's reproductive rights in the framework of the European Convention of Human Rights. Those limits are defined in connection with the moral beliefs of the relevant community. The final decision, however, points out that the existence of consensus among member States does not suffice to object the Irish regulation concerning abortion, and that it would be necessary to deepen in the analysis of the scope of the conflicting rights. Nevertheless, this is task the ECHR has chosen not to undertake.

El dilema de la valoración probatoria: criterios y estándares releendo a Beccaria

Giovanni Tuzet

El ensayo se propone delinear los perfiles teóricos de las páginas de Beccaria dedicadas a la prueba penal, haciendo referencia a algunas cuestiones vivas en el debate a nosotros contemporáneo. Se abordan la incertidumbre probatoria, la probabilidad, la valoración de las pruebas y los estándares probatorios, discutiendo en particular el *dilema de la valoración probatoria*, que consiste en la dificultad de encontrar una vía intermedia entre la lógica de la libre convicción y la de las pruebas legales.

The dilemma of evidence assessment: criteria and standards re-reading Beccaria

The essay aims at highlighting the theoretical aspects of Beccaria's work on criminal proof, making reference to our contemporary debate. It deals with probatory uncertainty, probability, evidence assessment and standards of proof, discussing in particular the *dilemma of evidence assessment*, which consists in the difficulty of finding a third way between the logic of free assessment and that of legal proof.

Sobre la responsabilidad civil de los jueces en España

José Miguel García Moreno

Se acepta normalmente que la independencia del Poder Judicial no es un valor aislado, ya que debe ponerse en relación con la responsabilidad judicial. No obstante, existe un inevitable espacio de tensión entre estos dos principios, tal como se refleja expresamente en los documentos internacionales relativos a la independencia judicial. De acuerdo con estas fuentes internacionales, es necesaria cierta cautela en el reconocimiento de la responsabilidad civil derivada del ejercicio de la función judicial, ya que así lo impone la exigencia de preservar la independencia judicial frente a presiones indebidas. En este trabajo se expone la regulación vigente en España en materia de responsabilidad civil judicial y se destacan los rasgos peculiares de dicha regulación, que la diferencian de otros ordenamientos encuadrados en la tradición del derecho continental.

On the civil liability of judges in Spain

It is generally accepted that the independence of the Judiciary does not stand on its own since it is directly linked to judicial accountability. There is, however, some inevitable tension between these two values, as explicitly recognised by international documents on judicial independence. According to these international sources there is a need for caution in the recognition of the civil liability of judges arising from the exercise of judicial functions, which is based in the requirement to maintain judicial independence and freedom from undue pressure. This paper presents the current regulation of civil liability of judges in Spain stressing the main peculiar features that distinguish this regulation from other legal systems belonging to the civil law tradition.

La justicia penal transicional en la Colombia del posconflicto y las garantías de la paz interna

Luigi Ferrajoli

Para alcanzar la paz en Colombia, considerada el valor político previo a todos los demás, el autor propone un modelo de justicia penal para los crímenes de los combatientes basado en la determinación de sus responsabilidades, pero sin aplicación de penas privativas de libertad. Propone, además, en garantía del mantenimiento de la paz la radical eliminación de las armas y el desarrollo de la democracia y de políticas capaces de reducir las causas sociales de los conflictos.

Criminal transitional justice in post-conflict Colombia and guarantees for internal peace

The author of this paper makes a proposal for a model of criminal justice for crimes committed by combatants in Colombia based on the determination of liabilities without imposing custodial sentences, in order to reach peace, a political value prior to all other values. Furthermore, as a guarantee for peace keeping he proposes the drastic decommissioning of weapons and the development of democracy and policies capable of reducing the social causes of the conflict.

