JUECES para la DEMOCRACIA

INFORMACION Y DEBATE

C. Castresana, Persecución de crímenes contra la humanidad en la Audiencia Nacional. **R. Gargarella,** Para una teoría de los derechos sociales. **B. de la Cuadra,** Veinte años de jueces. **M. Vallés,** Decálogo de la industria de la información. **A. Giménez Pericás,** Crónica de una quiebra. **G. Landrove Díaz,** Represión de la delincuencia económica. **A. Castro Moreno,** El concepto penal de sociedad. **C. Jiménes Villarejo,** La prueba pericial en los delitos económicos. **C. Gómez Martínez,** Facultades del juez en la prueba civil. **A. Pigrau i Solé,** ¿Qué Tribunal Penal Internacional? **C. Wettinck,** La justicia maniatada. **S. Martínez,** Chiapas y el PRI. **G.-P. Lopera Mesa,** La lucha antisecuestro en Colombia.

31 marzo/1998

En este número: Castresana Fernández, Carlos, fiscal, presidente de UPF.
Castro Moreno, Abraham, profesor de Derecho Penal, Universidad Carlos III (Madrid).
De la Cuadra, Bonifacio, periodista de *El País*.
Gargarella, Roberto, profesor de Filosofía del Derecho (Buenos Aires).
Giménez Pericás, Antonio, magistrado, Audiencia Provincial de Bilbao.
Gómez Martínez, Carlos, magistrado, Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.
Jiménez Villarejo, Carlos, fiscal-jefe de la Fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción.
Landrove Díaz, Gerardo, catedrático de Derecho Penal, Universidad de Murcia.
Lopera Mesa, Gloria-Patricia, Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia (Medellín, Colombia).
Martínez, Sanjuana, periodista, corresponsal en España de la revista mexicana *Proceso*.
Pigrau i Solé, Antonio, catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Tarragona.
Vallés, Matías, periodista de *Diario de Mallorca*.
Wettinck, Christian, magistrado, miembro del Consejo de Estado (Bélgica).

Jueces para la Democracia. Información y Debate
publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*

Redacción: Perfecto ANDRES IBAÑEZ (coordinador), Manuela CARMENA CASTRILLO, Jesús FERNANDEZ ENTRALGO, Alberto JORGE BARREIRO, Carlos LOPEZ KELLER, Javier MARTINEZ LAZARO, Jesús PECES MORATE, Edmundo RODRIGUEZ ACHUTEGUI. Secretario de Redacción: José Rivas Esteban.

Correspondencia: *Jueces para la Democracia*, calle Núñez de Morgado, 3, 4º B. 28036 MADRID. Suscripciones EDISA, apartado 549 F. D. 28080 MADRID.

Precio de este número: 1.250 ptas. (IVA INCLUIDO)

Suscripción anual: 2.500 ptas. (3 números).
Extranjero: 3.000 ptas.
Depósito legal: M. 15.960 - 1987. ISSN 1133-0627. Unigraf, S. A., Móstoles (Madrid).

INDICE

Pág.

Debate

— *Persecución de crímenes contra la humanidad en la Audiencia Nacional. Los informes que los fiscales no quisieron firmar,* Carlos Castresana Fernández 3
— *Primeros apuntes para una teoría de los derecho sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?,* Roberto Gargarella 11
— *Veinte años de jueces,* Bonifacio de la Cuadra 16
— *Decálogo de la industria de la información,* Matías Vallés 22
— *Crónica de una quiebra. (Carta al Secretariado de JpD),* Antonio Giménez Pericás 27

Estudios

— *La represión de la delincuencia económica,* Gerardo Landrove Díaz 31
— *El concepto penal de sociedad en los delitos societarios,* Abraham Castro Moreno 46

Teoría/práctica de la jurisdicción

— *La prueba pericial en los delitos económicos (con particular referencia a la intervención de los Inspectores de Fianzas del Estado),* Carlos Jiménez Villarejo 59
— *Las facultades del juez en relación a la prueba en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil,* Carlos Gómez Martínez 68

Internacional

— *Qué Tribunal Penal Internacional?,* Antonio Pigrau i Solé 73
— *La justicia maniatada,* Chistian Wettinck 81
— *El genocidio indígena del gobierno mexicano tiene signo de pesos. Chiapas y el PRI,* Sanjuana Martínez 85
— *La lucha antisecuestro en Colombia (o el extravío de la razón punitiva),* Gloria-Patricia Lopera Mesa 89

Apuntes

— *La lúcida generosidad de Jesús María Valle Jaramillo* 99
— *El plan Serra-Berlusconi para la reforma de la justicia* 99
— *Insumisión: Cuando la cárcel 'no vende'* 100
— *Aborto* 100
— *Cardenal y Fungairiño, Fungairiño y Cardenal...* 100
— *Y, ahora, Menem* 100
— *Un régimen demasiado abierto* 101
— *Un régimen demasiado opaco* 101
— *La (in)justicia cantada desde abajo* 101

DEBATE

Persecución de crímenes contra la Humanidad en la Audiencia Nacional. Los informes que los fiscales no quisieron firmar

Carlos CASTRESANA FERNANDEZ

En el velatorio por una de tantas víctimas de las dictaduras militares impuestas en los países del cono sur latinoamericano en la década de los setenta, se presentó un muchacho que, sin decir palabra, dejó sobre el féretro una manzana, marchándose después. Los allí presentes supieron luego que se trataba del hijo del asesinado. El día anterior habían estado comiendo en familia, y su padre le había pedido la fruta; en ese momento llegaron los militares y se lo llevaron.

Este hecho verídico, relatado por Eduardo Galeano, ilustra bien la tragedia que produjeron los golpes de estado, los "procesos de reorganización nacional" y la aplicación de la "doctrina de seguridad nacional": miles de personas vieron su vida abruptamente interrumpida, de una vez y para siempre. No solamente los desaparecidos; también sus familiares, sus amigos: la sociedad no sería nunca más la misma.

Cuando, a mediados de 1996, los Juzgados Centrales nº 5 y 6 de la Audiencia Nacional dieron comienzo a sus investigaciones por delitos de terrorismo y genocidio contra los responsables de la desaparición de miles de personas en Argentina y Chile, las reacciones, tanto adversas como favorables, fueron escasas. Casi dos años después, la competencia de los Tribunales españoles ha sido reconocida, entre otras personas e instituciones, por el presidente del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, por el Pleno del Parlamento Europeo, por el Departamento de Justicia y la Fiscalía General de los Estados Unidos de América, por la Fiscalía General de la Confederación Helvética, por las autoridades judiciales francesas, suecas, alemanas e italianas, por el presidente de la Corte Suprema de la República Argentina, por el Defensor del Pueblo de Buenos Aires.

Es sabido que ciertas instancias políticas se preocupan más por la balanza de pagos que por una eficaz defensa de los derechos humanos. Lo que no cabía esperar, sin embargo, es que la Fiscalía española, responsable institucional de varios informes sin firma, y que tiene como misión constitucional la de proteger los derechos de los ciudadanos, mantuviera una actuación tan pobre, errática, e incoherente como la que hasta el día de hoy ha demostrado en este asunto.

LA DESTRUCCION PARCIAL DE UN GRUPO NACIONAL

La Fiscalía, en el divulgado informe no firmado de Fungairiño, afirma que los autores de los hechos denunciados no pueden ser considerados responsables de genocidio porque "las transgresiones cometidas por las dictaduras militares no se orientan respecto de una raza, etnia o grupo social determinado" (seguramente quiso decir grupo nacional, porque el precepto no cita los grupos sociales). Aparte de la discrepancia en el orden jurídico, tal afirmación denota un profundo desconocimiento de los hechos objeto del proceso, y de las actuaciones de los dos juzgados.

Una parte de la doctrina considera que, para configurar el delito de genocidio, debe concurrir en la intencionalidad del autor un propósito específico de destruir total o parcialmente el grupo, sea este nacional, racial, étnico o religioso, *precisamente en atención a tales características especiales.*

En mi opinión, tal exigencia no se desprende necesariamente del texto legal. Lo que se persigue específicamente con la tipificación penal del genocidio es, en realidad, lo que podríamos definir como el exterminio colectivo. Es decir, se protege a las víctimas en tanto que integrantes de un grupo, en la misma medida en que pueden ser objeto de lesión de sus bienes jurídicos por su mera pertenencia a ese grupo. Es la especial desprotección de quien es víctima de un ataque despersonalizado, lo que justifica la criminalización de tales conductas más allá de la regulación ordinaria de las mismas como delitos contra la vida, la libertad o el estado civil.

Pero, sin perjuicio de que la extensión que algunas opiniones pretenden dar a ese requisito sea discutible, podemos afirmar que en este caso, no obstante, el requisito se puede considerar concurrente.

La realidad social de los últimos años demuestra que los genocidios más recientes no se han producido solamente entre comunidades o minorías nacionales distintas, como en la ex Yugoeslavia, sino muchas veces también entre distintos grupos integrantes de una misma comunidad nacional, como en Camboya. Y también es el caso de Chile y de Argentina.

No constituye ninguna novedad afirmar que los

militares argentinos y chilenos eran admiradores de los nazis. La planificación de la represión que llevaron a cabo tenía tal coincidencia en cuanto a su diseño, operativa y fines, que difícilmente podría sostenerse que los nazis realizaron un exterminio genocida en la Alemania de Hitler y que los producidos en la Argentina de Videla o en en Chile de Pinochet no merecen tal calificación.

Unos y otros partieron de la concepción ideológica de la Nación como el baluarte de lo que llamaron la civilización cristiana y occidental: si por cristiana se entiende la reedición de los momentos más aberrantes de la Inquisición, y por occidental la reproducción de los métodos de actuación de la Alemania nazi, entonces no les faltaba razón.

La ideología ultranacionalista de los militares argentinos, su concepción excluyente de la "nación", y su correspondiente convicción de que debía eliminarse la parte de aquella que ellos consideraban sobrante se trasluce claramente de sus pronunciamientos públicos, de su noción de que les correspondía el monopolio del concepto de "patria". No es casual que el teniente coronel Juan Carlos Moreno tildara en 1976 a la guerrilla de la región argentina de Tucumán de *"apátrida"*.

En el mismo sentido, el general Manuel Ibérico Saint Jean declaró que *"El Estado debe definirse como custodio del repertorio de valores fundantes de la civilización cristiana y de la Nación argentina"*.

Entre los textos docentes de la Escuela Superior de Guerra, el titulado *"Lo Nacional. El Nacionalismo"*, elaborado por el director de dicha Escuela, General Juan Manuel Bayón, y corregido por el ex general Jorge Rafael Videla, establecía en 1978, entre otros muchos, los siguientes pronunciamientos: *"El populismo es radicalmente subversivo... El populismo, el clasismo y el socialismo son tres ejemplos de ideologías cuya infiltración en el nacionalismo argentino lo distorsiona, lo confunde, lo extravía... Argentina no debe esperar nada del mundo exterior, que sólo busca la entrega al marxismo de los países que confiesan a Cristo... En nuestros días se ha consumado lo peor que podía ocurrir y de más funestas consecuencias: la infiltración de las ideologías marxistas en el sentido nacional, y más aún en el nacionalismo argentino y en la Iglesia católica apostólica romana..."*

El texto oficial de la Escuela de Guerra ensalza el nacionalismo, al que define como *"Esa fuerza latente y constante de las Naciones"* que se enfrenta a *"lo internacional (el marxismo)"*, y pone como ejemplos de aparición pujante del nacionalismo la Alemania de Hitler, la Italia de Mussolini y el Portugal de Salazar.

Así concebida, la nación argentina, de la que los militares se erigieron en supremos intérpretes y defensores, "necesitaba" desprenderse de todos aquellos de sus integrantes que no encajaban en tal configuración ideal de la nación perfecta. Se decidió, pues, su exterminio, de manera fría, calculada, ordenada, militar.

El "Proceso de Reorganización Nacional" como fue bautizado por los golpistas argentinos basaba la "reorganización" de la nación en el exterminio físico de todas las personas que no tenían lugar en su concepción de ésta. Dispusieron así la *destrucción parcial del grupo nacional argentino*, es decir, un genocidio. Y lo hicieron de manera ordenada y planificada. Así, el general Santiago Omar Riveros pudo afirmar, refiriéndose al "proceso de reorganización", ya en 1980, lo siguiente: *"Hicimos la guerra con la doctrina en la mano, con las órdenes escritas de los comandos superiores; nunca necesitamos, como se nos acusa, de organismos paramilitares. Esta guerra la condujeron los generales, los almirantes, los brigadieres de cada fuerza. La guerra fue conducida por la Junta Militar de mi país a través de los Estados Mayores"*.

La intención de los militares chilenos al tomar violentamente el poder e iniciar una frenética cadena de detenciones, seguidas de ejecuciones sumarias, con o sin la desaparición definitiva de las víctimas, es menos explícita en cuanto a declaraciones públicas de los máximos responsables de las Fuerzas Armadas; seguramente, tal discreción se deba a la particularidad del ejército chileno, que, al contrario que el argentino —que desde 1930 había derribado una y otra vez a los sucesivos gobiernos constitucionales—, se había caracterizado hasta entonces por su gran preparación profesional y su profundo respeto a las instituciones democráticas. Esa tradicion se interrumpió en septiembre de 1973.

El propósito ultranacionalista de los militares golpistas chilenos, que les llevó a la eliminación física de todos los ciudadanos que no tenían cabida en su particular concepción de la nación, se deduce, pese a la ausencia de declaraciones públicas, del pronunciamiento contenido en el Decreto Ley nº 5 de la Junta Militar, promulgado el 12 de septiembre de 1973: art.13,4º,c): *"La Junta asumió el poder con el patriótico compromiso de restaurar la chilenidad"*.

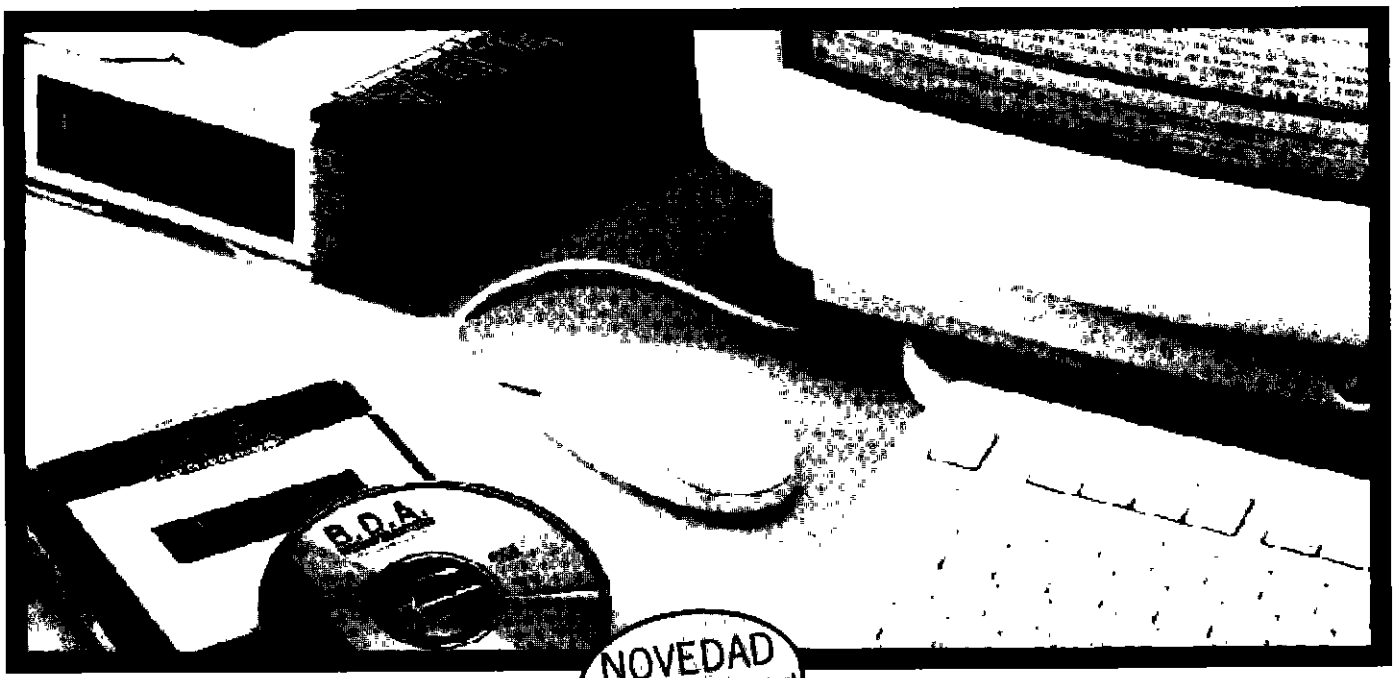
La voluntad de genocidio, en el sentido estrictamente jurídico, de la Junta Militar chilena, se puede constatar también por su forma de actuación. se procuró la eliminación física de los opositores políticos, sindicalistas, periodistas, abogados o estudiantes; pero no a cualesquiera: sólo a los chilenos, o a los que, con independencia del color de su pasaporte, actuaban en o por Chile. Tal voluntad de destrucción de una parte del colectivo nacional chileno se acredita con los hechos: la DINA desplazó comandos a Argentina para asesinar a Prats; a Roma para atentar contra Leighton; a Washington para matar a Letelier; a Madrid, para hacer lo propio con Altamirano.

Parece obvio, pues, que los militares argentinos o chilenos tenían la intención de destruir parcialmente un grupo nacional· el suyo propio. La cuestión no era tanto si las personas a eliminar eran o no argentinas o chilenas; se trataba de "subversivos" que vivían en el seno de la sociedad que pretendían "depurar". El factor nacional era primordial. A las Juntas Militares argentina y chilena no les interesaban los adversarios políticos de otras naciones. De hecho, los sucesivos Gobiernos argentinos mantuvieron excelentes relaciones políticas y comerciales con la Unión Soviética.

La configuración como genocidio de la destruc

BASE DE DATOS ARANZADI LEGISLACIÓN

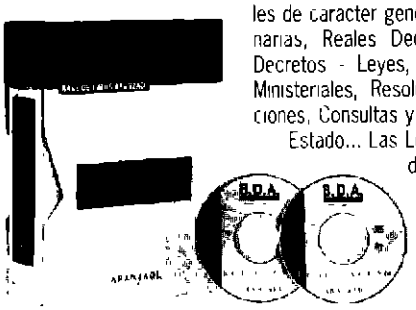
Para la consulta más eficaz, ARANZADI SIEMPRE TIENE LA RESPUESTA



NOVEDAD
Actualización bimestral mediante CD-ROM

1 LEGISLACION 1929 - 1998

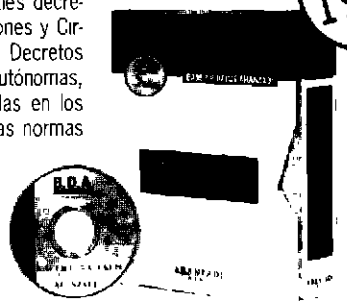
Contiene más de 154.000 Disposiciones: la totalidad de Disposiciones Estatales de caracter general, Leyes Organicas y Ordinarias, Reales Decretos Legislativos, Reales Decretos - Leyes, Reales Decretos, Ordenes Ministeriales, Resoluciones, Circulares, Instrucciones, Consultas y Tratados Internacionales del Estado... Las Leyes y Decretos Legislativos de las Comunidades Autónomas. Siempre a texto completo, desde 1978 y referenciadas desde 1929.



LEGISLACION 5 2

NOVEDAD 1998

Contiene la totalidad de Disposiciones Estatales de caracter general, Leyes, Reales decretos, Ordenes Ministeriales, Resoluciones y Circulares del Estado... Las Leyes y Decretos Legislativos de las Comunidades Autónomas, siempre a texto completo, publicadas en los ultimos 5 años, ademas de todas las normas del año en curso.



Ahora, además, actualización diaria permanente tanto en soporte papel como en soporte ON-LINE, a través del Club Aranzadi Interactivo.

PÍDALO AHORA: por tel. 948 297 297 o para mayor comodidad fotocopie esta solicitud y envíela por Fax al 948 330 845 - 948 297 200

J.Democ.

Datos de envío: (si los datos para la facturación son distintos por favor indíquenoslo)

Nombre _____ Profesión _____

Empresa _____ Especialidad _____

Dirección _____ Población _____ CP _____

CIF/NIF _____ Teléfono _____ Fax _____

Deseo me envíen a la dirección arriba indicada la información sobre la que estoy interesado y señalo a continuación:

LEGISLACION 1929 - 1978

- ☐ Demostración gratuita en mi despacho.
- ☐ Disquette interactivo de demostracion.
- ☐ Ofertas especiales de suscripcion.
- ☐ Solicito información sobre el Club Aranzadi Interactivo.

LEGISLACION ÚLTIMOS 5 AÑOS

- ☐ Demostracion gratuita en mi despacho.
- ☐ Disquette interactivo de demostración.
- ☐ Ofertas especiales de suscripción.
- ☐ Solicito información sobre el Club Aranzadi Interactivo.

Carretera de Acoz, Km. 3,5 - 31486 ELCANO (Navarra)
Tfno.: 948 29 7 297 Fax: 948 330 845 - 948 297 200
http://www.aranzadi.es • E-Mail:clientes@aranzadi.es

ARANZADI
EDITORIAL

ción parcial del propio grupo nacional de los autores del hecho ha sido aceptada por Naciones Unidas, en el informe de evaluación del Convenio sobre el Genocidio, ECOSOC, E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 de julio de 1985; en dicho documento, el ponente especial, M. B. Whitaker afirma "la definición de genocidio no excluye el caso en que las víctimas pertenecen al mismo grupo al que pertenece el propio autor de la violación".

De la misma forma, el ponente de Naciones Unidas sobre el genocidio de Kampuchea (E/CN.4/SR.1510) define el asesinato masivo ocurrido en aquel país como "autogenocidio", es decir, "destrucción masiva en el interior del propio grupo de un número importante de sus miembros".

En relación al genocidio, la Fiscalía aduce una dificultad adicional, aparte de la falta de tipicidad, a la persecución en España del hecho, con base en que el Convenio de 1948, que conceptuaba el delito como crimen de derecho internacional, excluía el principio de justicia universal. Ello es sólo relativamente cierto, toda vez que el Convenio consagra en su artículo 6 que la jurisdicción competente para los delitos de genocidio es, en primer lugar, la del lugar de comisión del delito, o en su caso, la Corte Penal Internacional constituida al efecto; pero no excluye que el legislador español pudiera ir más allá, como efectivamente hizo. Tipificando el genocidio en 1971 entre los delitos contra la seguridad exterior del Estado, lo incluía entre los que la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 comprendía en el principio de justicia universal. Y de la misma manera, con la LOPJ de 1985, sigue expresamente recogido entre los de aplicación de tal principio. La posibilidad de juzgar en España genocidios cometidos en otro país no deriva, pues, del Convenio de Naciones Unidas: deriva de nuestro derecho interno. La puesta en relación de ambos ordenamientos hace que la jurisdicción española pueda actuar en estos casos, pero sólo con carácter subsidiario.

LAS VICTIMAS

La concepción "nacional" que se ha expuesto hizo que la noción del "enemigo" fuera, consecuentemente, muy amplia, y la extensión cuantitativa que alcanzó la desaparición de personas, enorme. No solamente se consideraba enemigos a los grupos armados, sino que, en palabras del ya citado Teniente coronel Juan Carlos Moreno, *"También son enemigos quienes cambian o deforman en los cuadernos de nuestros niños el verbo amar; los ideólogos que envenenan en nuestras universidades el alma de nuestros jóvenes, los aprendices de políticos que sólo ven en sus semejantes el voto que les permitirá acceder a sus apetitos materiales; los seudosindicalistas que reparten demagogia para mantener posiciones personales sin importarles los intereses futuros de sus representados ni de la Nación..."*.

Tales consideraciones no eran tan sólo patrimonio de algunos Jefes. Eran compartidas por las máximas jerarquías de las Fuerzas Armadas. El propio ex general Videla dijo: *"El terrorista no sólo es considerado tal por matar con un arma o colocar una bomba, sino también por activar a través de ideas contrarias a nuestra civilización occidental y cristiana"*.

Otras declaraciones públicas y documentadas de los responsables militares argentinos ilustran tambien claramente el carácter generalizado, y por ello genocida, de la represión. El general Manuel Ibérico Saint-Jean, gobernador de Buenos Aires manifestó: *"Primero eliminaremos a los subversivos, después a sus cómplices; luego a sus simpatizantes, y por último a los indiferentes y a los tibios"*. El ex teniente general Roberto Viola, por su parte, afirmó: *"El teatro, el cine y la música se constituyeron en un arma temible del agresor subversivo"*. También el ex almirante Armando Lambruschini compartía su opinión: *"Los subversivos han usado y tratan de usar todos los medios imaginables: la prensa, las canciones de protesta, las historietas, el cine, el folklore, la literatura, la cátedra universitaria, la religión"*. Quizá uno de los pronunciamientos más claros, en cuanto a la extensión del aniquilamiento a amplísimos sectores sociales, corresponda al general Acdel Edgardo Vilas, quien en agosto de 1976, fecha en que los grupos armados habían sido ya prácticamente exterminados, dijo: *"Hasta el presente, en nuestra guerra contra la subversión, no hemos tocado más que la parte alta del iceberg. Ahora es necesario destruir las fuentes que forman y adoctrinan a los delincuentes subversivos, y estas fuentes se sitúan en las Universidades y en las Escuelas Secundarias"*. O la omnicomprensiva afirmación del general Luciano Benjamín Menéndez: *"Los enemigos del alma argentina serán destruidos"*.

Un grupo selectivamente perseguido fue el de los judíos. Multitud de testimonios indican que los militares argentinos les persiguieron específicamente. Así, los secuestradores del periodista Jacobo Timermann, dijeron a éste en el centro clandestino donde estaba recluido: *"Argentina tiene tres enemigos principales: Karl Marx, Sigmund Freud y Albert Einstein"*. Algunos métodos de tortura, como el de la introducción de un tubo en las cavidades del cuerpo, para introducir luego por él un roedor, que para escapar devoraba las entrañas de la víctima, eran reservados a los detenidos judíos.

LOS METODOS

El exterminio no podía hacerse a la luz del día. Ante la previsión de la indeseada presión de la opinión pública internacional que hubiera supuesto la práctica de ejecuciones masivas, si éstas eran divulgadas, se optó por la clandestinidad.

Tampoco en este punto fueron originales los ideólogos del genocidio argentino. La técnica de la desaparición de personas no fue inventada en Argentina. La había establecido Hitler, en 1941, mediante el Decreto que fue conocido como *Nach und Nebel* (Noche y Niebla, "N.N.", denominación, por cierto, que luego sería adaptada en Argentina para el "Ningún Nombre", también "N.N." de las tumbas

sin identificación) estableció que las penas de muerte se reservasen a los casos en que se necesitase ejemplaridad. En los demás se imponía la desaparición de los cuerpos de los detenidos ejecutados. Así lo dispuso también el mariscal Wilhelm Keitel mediante sendas órdenes dictadas en diciembre de 1941 y febrero de 1942 en las que establecía la prohibición de dar información alguna respecto del paradero o suerte de los detenidos, porque era necesario que *"los familiares del criminal y la población en su conjunto desconozcan la suerte que ha corrido"* lo que tendría un efecto intimidatorio *"porque los prisioneros se desvanecerán sin dejar rastro"*.

Los militares chilenos y argentinos siguieron fielmente las directrices y metodología de Hitler. La necesidad de generalizar las desapariciones se constató ya a finales de 1973, ante las protestas internacionales generadas por la brutalidad de Pinochet y sus tropas en la represión inmediatamente posterior al golpe del 11 de septiembre, como acredita el hecho de que ya el día 22, sólo once días después, había siete mil ciudadanos detenidos en el Estadio Nacional de Santiago de Chile, según constataron la Cruz Roja y otros organismos internacionales. Era necesario acogerse a un método más discreto de represión, y así lo hicieron. Es entonces, en Chile, donde se conoce y divulga, por primera vez, el concepto de detenido-desaparecido.

Más adelante, los militares argentinos aprovecharon la experiencia de sus predecesores chilenos, por lo cual las desapariciones se iniciaron incluso antes del golpe de estado de 1976. Después, siguiendo escrupulosamente las instrucciones impartidas treinta y cinco años antes por Hitler en el Decreto *Nacht und Nebel*, los militares argentinos hicieron desaparecer a la mayoría de sus víctimas. Frente a la cifra de entre 15.000 y 20.000 detenidos desaparecidos, que fuentes acreditadas estiman como más aproximada a la realidad, las sucesivas Juntas militares sólo realizaron 300 consejos de guerra.

Otra de las conductas más genuinamente caracterizadoras del delito de genocidio es la contemplada en el artículo 607,4º del Código Penal, que hace referencia a los que, con el propósito de destrucción del grupo *"Llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro"*.

La destrucción de los núcleos familiares fue una de las prácticas sistemáticas de los genocidas nazis. También de los argentinos. Convencidos de que, en su configuración de "la nación" no cabían las personas que consideraban "subversivas", procedieron sistemáticamente a su eliminación. Sin embargo, en lo referente a los niños, los genocidas diferenciaban: aquellos que tuviesen edad suficiente como para suponer que habían podido ser ya "contaminados" por su núcleo familiar "subversivo", seguían el destino de los adultos y eran asesinados. Por el contrario, los recién nacidos, o los nacidos en cautividad de sus madres secuestradas, eran considerados "recuperables" y, por ello, entregados en adopción clandestina a familias elegidas, para que fuesen educados con arreglo a los principios ideológicos del "Proceso de Reorganización Nacional".

Tales medidas estaban también entre las órdenes secretas impartidas por la jerarquía militar. El general Viola estableció: *"La evacuación de los detenidos se producirá con la mayor rapidez, previa separación por grupos: jefes, hombres, mujeres y niños, inmediatamente después de la captura"*. Se estima aproximadamente en quinientos el número de niños secuestrados. Unos cincuenta habrían sido asesinados. Los otros cuatrocientos cincuenta permanecen sin saberlo en poder de sus secuestradores. Al menos doce en Argentina, y uno más, nacido en cautividad, en Chile, son, también sin saberlo, españoles.

TERRORISMO

La aplicación de métodos terroristas, ajenos a todo procedimiento legal, ajenos incluso a la legalidad sumaria impuesta después de los golpes de estado, estaba también en las órdenes impartidas desde las propias Juntas Militares. Así, el 17 de diciembre de 1976, el Jefe de Estado Mayor del Ejército, general Roberto Viola estableció en dos órdenes secretas instrucciones del siguiente tenor literal: *"Aplicar el poder de combate con la máxima violencia para aniquilar a los delincuentes subversivos donde se encuentren". "Cuando las Fuerzas Armadas entran en operaciones no deben interrumpir el combate ni aceptar rendición". "Los tiradores especiales podrán ser empleados para batir cabecillas de turbas o muchedumbres"*.

La tipificación de estos hechos como delitos de terrorismo, con arreglo al ordenamiento jurídico español, si sus responsables hubieran adoptado una línea de conducta de legalidad formal sería muy difícil. La realización de consejos de guerra, carentes incluso de las mínimas garantías de defensa, seguidos de condenas a muerte inmediatamente ejecutadas, hubieran configurado un cuadro de violación sistemática de los derechos humanos, pero de complicado encaje jurídico. Sin embargo, la actuación clandestina de grupos armados organizados, que secuestran, saquean, extorsionan, torturan, violan y asesinan, puede calificarse de terrorismo sin dificultad.

El concepto de terrorismo, en nuestro ordenamiento jurídico, tiene las siguientes notas características:

a) Es una infracción contemplada en los ordenamientos penales de los estados democráticos.

b) Se vincula a la existencia de una banda o grupo organizado y armado.

c) Se construye desde la base objetiva de la comisión de hechos delictivos de especial gravedad.

d) Son delitos con un elemento subjetivo del injusto característico, que consiste en el rechazo de las vías democráticas de actuación política, y su sustitución por una vía violenta dirigida a atacar a la seguridad del Estado.

Podemos afirmar que las conductas denunciadas contienen los cuatro elementos: las actuaciones están tipificadas como delito, se cometieron por personas armadas y organizadas, que realizaron hechos de especial gravedad, y lo hicieron con una finalidad política, al margen de toda legalidad: de la legalidad constitucional derogada por la fuerza de las armas, y también de la legalidad formal impuesta por la misma fuerza. El secuestro, tortura y asesinato masivo de personas es, indudablemente, un ataque al bien jurídico de la seguridad del Estado.

Una de las objeciones básicas de la Fiscalía para el reconocimiento de la competencia a la jurisdicción penal española, consiste en considerar que, al no estar comprendido el terrorismo entre los delitos de persecución universal recogidos en la LOPJ de 1870, sólo serían perseguibles los cometidos fuera de nuestro país a partir de 1985. El argumento es inconsistente. En el período en que los hechos tuvieron lugar, a partir de 1973, la mayor parte de las conductas tipificadas como terrorismo no estaban en el Código Penal. Estaban en el Código de Justicia Militar, configuradas como delitos militares, y sometidas a la jurisdicción castrense. Habían sido introducidas en él por la Ley 42/1971 de 15 de noviembre, que promulgaba los nuevos artículos 294 bis a) a e). En la misma se definían las *"manifestaciones más características del terrorismo: la alteración de la paz pública por medios capaces de provocar grandes estragos, los ataques a las personas y los ataques a la propiedad"*. Se atribuían a la jurisdicción ordinaria las actividades terroristas *"episódicas e individuales"* pero la nota característica de atribución de competencia a la jurisdicción militar era precisamente la realización de las conductas típicas (descritas con extraordinaria amplitud) en *"grupos u organizaciones con carácter de mayor permanencia"*.

Entre los bienes jurídicos protegidos se encontraba *"el orden institucional"*. Parece evidente que, incluso en la España no democrática de los primeros años setenta, el secuestro, tortura y asesinato de ciudadanos, aún cometido por autoridades o funcionarios, si éstos actuaban encuadrados en grupos clandestinos armados, y al margen de todo procedimiento legal, era constitutivo de terrorismo, pues atentaba al orden institucional.

A pesar de que la competencia de la jurisdicción penal española para conocer de los delitos de terrorismo cometidos en el extranjero ha sido reconocida por el Tribunal Supremo, con especial claridad en Sentencia de 29 de marzo de 1993, la Fiscalía, después de constatar que los delitos de terrorismo no estaban contemplados en la LOPJ de 1870, afirma que *"sólo a partir de 1985 pueden entenderse comprendidos en el ámbito de aplicación del principio de justicia universal"*. No es cierto. Hemos visto ya que, al menos desde 1971, los más graves hechos terroristas tenían la consideración de delitos militares, previstos y penados en el Código de Justicia Militar. Es éste, pues, y no la vieja LOPJ, el texto procesal aplicable. Y el artículo 17 de dicho texto legal proclamaba la universalidad de la persecución, no sólo de los delitos de terrorismo, sino de todos los delitos militares. Decía así: *"Serán juzgados en España por la jurisdicción militar los españoles o extranjeros que cometieran en país extranjero un delito de los comprendidos en este Código o en otras Leyes penales militares, si fueran aprehendidos en territorios o zonas marítimas o aéreas de soberanía o Protectorado españoles"*.

La Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 20 de septiembre de 1991, después de un pormenorizado estudio de toda la legislación vigente en los distintos períodos, afirma la permanente competencia de la Audiencia Nacional para la persecución de delitos de terrorismo cometidos fuera del territorio nacional, desde su creación, en enero de 1977, hasta la situación actual de legalidad vigente.

Por otra parte, la investigación hasta ahora realizada demuestra la comisión sistemática y masiva de delitos de tortura contra miles de personas previamente secuestradas. El caso del español Carmelo Soria Espinosa, secuestrado, torturado y bárbaramente asesinado por la DINA chilena, por el procedimiento de colocarle sobre unas escaleras y saltar sobre su cuerpo hasta producirle una fractura múltiple de columna vertebral, "para que pareciera un accidente", es paradigmático. El apartado g) del artículo 23,4 de la LOPJ atribuye competencia a los Tribunales españoles para la persecución de *"Cualesquiera otros delitos que según los Tratados o Convenios Internacionales deban ser perseguidos en España"*. Pues bien, entre los delitos de protección universal está el de tortura, tal y como establece la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, aprobada en Nueva York el 10 de diciembre de 1984, y ratificada por España en 1987. En el artículo 5, 1, c) de dicha Convención se establece la obligación para los Estados de instituir su jurisdicción sobre los delitos de tortura, entre otros casos, cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado. Conviene señalar al respecto que el pasado 21 de noviembre de 1997, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, reunido en Ginebra, ha reconocido la competencia de la jurisdicción penal española para la persecución de los casos de tortura de que fueron víctimas ciudadanos españoles durante los regímenes dictatoriales de Chile y Argentina.

Por más que los publicistas de ambos regímenes militares se empeñasen en considerar y defender que Argentina y Chile estaban "en guerra", lo cierto es que no había ninguna guerra. La situación de violencia política no era mayor de la que han soportado y soportan muchos países democráticos; y nadie defiende en ellos, razonablemente, que la actuación de bandas armadas y grupos terroristas justifique la represión sistemática e indiscriminada de la población civil por parte del Estado.

Según datos oficiales del propio ejercito argentino, todos los grupos del "terrorismo subversivo" (montoneros, ERP, FAL, FAR y otros, cuyos elementos armados se han cifrado, en el momento de máxima actividad, entre 1.000 y 1.300 individuos) causaron en conjunto 687 víctimas en toda la déca-

da de los setenta. Por contra, la Triple A y el Comando Libertadores de América, cuyas víctimas se estiman en 2.000 personas en los tres años anteriores al golpe de estado, no fue objeto de persecución o represión alguna.

Tal selectividad en la represión, tal disimetría en el supuesto restablecimiento del orden, fue explicada de manera muy elocuente por el ministro de Exteriores de la primera Junta Militar, almirante César Augusto Guzzetti: *"Mi concepto de la subversión se refiere a las organizaciones terroristas de izquierda. La subversión y el terrorismo de derecha no son lo mismo. Cuando el cuerpo social del país ha sido contaminado por una enfermedad que le devora las entrañas, forma anticuerpos. Esos anticuerpos no pueden considerarse del mismo modo que los microbios".*

CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD

Cuando la comunidad internacional descubrió en 1945 los horrores de Auschwitz, Mauthausen o Buchenwald, asumió la necesidad de regular penalmente diversas conductas delictivas, que a partir de entonces se conocieron como crímenes de lesa humanidad. Se consideró que la ofensa que producían determinados comportamientos aberrantes no ofendían sólo a las personas que los padecían, ni afectaban sólo a los países en los que tales crímenes se cometían. El Estatuto del Tribunal de Nuremberg sancionó como tales el asesinato, el exterminio, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil.

En Argentina, y también en Chile, se cometieron terribles crímenes contra la humanidad. Asesinaron a miles de personas, muchas de ellas arrojadas vivas al mar, instalaron centenares de centros clandestinos de detención y tortura, violaron sistemáticamente a las mujeres, ejecutaron a las detenidas embarazadas para después vender los recién nacidos, "industrializaron" la eliminación de cadáveres en hornos crematorios y fosas comunes.

Al aprobarse en 1948 el Convenio contra el Genocidio, Naciones Unidas quiso ofrecer a todos los ciudadanos del mundo una protección adicional a la que les brindaban los ordenamientos jurídicos nacionales; después vinieron las convenciones, declaraciones y resoluciones sobre protección de los derechos humanos, sobre derechos civiles y políticos, contra la tortura, contra el terrorismo, contra la desaparición forzada de personas, contra las ejecuciones extrajudiciales.

Se estableció entonces que tales crímenes son imprescriptibles, que sus responsables no tienen derecho de asilo, que no pueden excusar su conducta en virtud de obediencia debida, que no pueden obtener perdón, que sus víctimas tienen el derecho fundamental a la justicia. Se estableció la jurisdicción universal, en virtud de la cual todos los Estados están obligados a perseguir los crímenes de lesa humanidad y a posibilitar su persecución por los demás Estados.

Desde 1945, muchos genocidios han estremecido al mundo, en todos los continentes. Sin embargo, ha sido necesario, al parecer, que se repitiera otro genocidio en Europa, en la ex Yugoslavia, para que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas haya considerado la necesidad de crear una Corte Internacional. Cuando la UPF decidió iniciar los procesos en España por los genocidios argentino y chileno fue, entre otras razones, por la consideración de que las víctimas de América Latina, y del resto del planeta, cualquiera que sea su nacionalidad, también tienen derecho a la tutela judicial. No son, no deben ser, de peor derecho que las víctimas europeas.

EL ARTICULO 23,2,C) DE LA LOPJ

Otras objeciones de las formuladas por la Fiscalía se basan en este precepto. La ley de "Punto Final" argentina, Ley 23.492 de 24 de diciembre de 1986, establecía un plazo de 60 días para denunciar nuevamente los hechos delictivos, a partir del cual se produciría la caducidad de la acción respecto de los no denunciados. La Ley de Obediencia Debida, Ley 23.521 de 8 de junio de 1987, exoneraba de toda responsabilidad a los militares y miembros de las fuerzas de Seguridad del Estado argentino que obraron obedeciendo órdenes. Posteriormente, los pocos responsables que habían resultado condenados, fueron individualmente indultados. Por su parte, el general Pinochet, antes de abandonar el poder de facto (si es que verdaderamente lo ha abandonado), promulgó también una ley de amnistía.

La validez de tales "amnistías" puede cuestionarse, incluso en aquellos países. Puede cuestionarse, desde luego, en España. No solamente porque quepa dudar razonablemente, habida cuenta de las circunstancias en que se promulgaron las leyes e indultos, de que el presidente y el Parlamento de la República Argentina tuvieran la libertad necesaria para que el consentimiento prestado a tales disposiciones resulte eficaz, o de que quepa reconocer por un Estado democrático la autoamnistía de los militares chilenos. También, porque cabe dudar de que en aquellas condiciones pudiera reconocérseles el derecho a disponer de los bienes jurídicos que por tales leyes quedaban definitivamente desprovistos de protección, habida cuenta de que se califican como crímenes contra la humanidad, indisponibles por un parlamento nacional. Además, porque nuestra Constitución no reconoce los indultos generales. Igualmente, porque nuestro Código Penal, y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, no admite la obediencia debida frente a órdenes manifiestamente ilegales. Pero sobre todo, porque las jurisdicciones de los demás países, y los organismos internacionales, no se la reconocen: el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CCPR/C/79/Add.46) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA (OEA/Ser.L/V/II.82/Doc.28/92). La aprobación de tales leyes, según lo declarado por la ONU y la OEA supone la vulneración por parte del Estado argentino (y también se han hecho análogas declara-

ciones del chileno) de los compromisos previamente contraídos frente a la Comunidad Internacional al ratificar los Convenios Internacionales de Derechos Humanos. Es evidente que no podemos obligar a tales países a derogar las normas e indultos. Pero no es menos cierto que puede, y aún debe, negarse validez a los mismos fuera de aquellas fronteras.

Existe además otro argumento oponible a las tesis de la Fiscalía: la mayor parte de las conductas denunciadas son delitos de ejecución permanente: la desaparición forzada de personas, la sustracción de menores, etc. Aunque admitiéramos la validez de las amnistías o indultos, es evidente que éstos sólo pueden alcanzar a perdonar los hechos cometidos hasta el momento de su promulgación: pero nunca los que se siguen cometiendo después.

Finalmente, el informe sin firma elaborado por Fungairiño alude a la necesidad de que exista algún vínculo "que no sea el meramente voluntarista" entre el Estado donde se persiguen los hechos y el territorio donde acaecieron. Sin perjuicio de que no parece razonable la exigencia de requisitos adicionales a los establecidos en la ley, cabe considerar que los varios centenares de ciudadanos españoles que se cuentan entre las víctimas en ambos países es un vínculo más que suficiente como para que nuestros Tribunales les otorguen la tutela efectiva que no han encontrado allí.

NOTA

La mayor parte de los datos y citas precedentes proceden de los siguientes textos y autores:

— "El drama de la autonomía militar". Prudencio García Alianza Editorial.

— "Nunca mas". Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, CONADEP. Ed Seix Barral.

— "Informe Rettig". Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. Editado en Chile.

— "Dias y noches de amor y guerra". Eduardo Galeano. Alianza Editorial

Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?

Roberto GARGARELLA

En este escrito, me propongo enfrentar la común idea según la cual existen diferencias sustantivas entre los (así llamados) derechos individuales y sociales, que autorizan un tratamiento institucional también muy diferente, entre los mismos. Para advertir las implicaciones de este "tratamiento diferenciado," considérese un hecho como el siguiente: típicamente, los jueces toman a los derechos sociales —por ejemplo, típicamente, el derecho al trabajo— como "derechos no operativos" lo cual significa, en la práctica, su autoinhibición en la materia hasta tanto el poder político no "ponga en marcha" tales derechos (por ejemplo, dictando leyes que les otorguen a los derechos sociales "contenido real"). Este tipo de hechos resultan especialmente relevantes, dado que nos permiten advertir de qué modo, en nuestra práctica jurídica, los derechos sociales terminan adquiriendo un carácter meramente declarativo, como si representasen, en verdad, formas constitucionales vacías.

Según diré, no existen buenas razones para justificar las distinciones que se realizan entre derechos individuales y sociales, y sobre las cuales se basa el estatus jurídico disímil que se les adjudica. Esto es, los derechos sociales deben considerarse tan "operativos" o tan "ideales" como los mismos derechos individuales. Hacia el final de mi trabajo, además, haré referencia a algunos problemas de diseño institucional que el tema bajo examen puede ayudarnos a dilucidar.

Una aclaración terminológica, antes de comenzar mi trabajo. Por derechos individuales, en lo que sigue, entenderé aquellas libertades y privilegios de los ciudadanos, normalmente considerados "derechos de primera generación," e incluidos en la casi totalidad de las constituciones modernas: el derecho a expresar las propias ideas; el derecho a votar; el derecho a la tolerancia religiosa; el derecho a no ser arrestado arbitrariamente. Con la idea de derechos sociales, en cambio, haré referencia a los derechos sociales y económicos, normalmente considerados "derechos de segunda generación," e incluidos —más contemporáneamente— en muchas constituciones modernas: el derecho a la salud; el derecho a una vivienda digna; el derecho al trabajo en condiciones dignas; el derecho a una alimentación adecuada. Conviene aclarar, por lo demás, que me referiré a los derechos individuales y sociales en tanto derechos consagrados constitucionalmente (hecho que resulta verdadero en la mayoría de las democracias occidentales, con la notable excepción del caso de los Estados Unidos, que no incorpora a los derechos sociales en su texto).

¿Existen buenas razones para distinguir entre derechos individuales y sociales?

A pesar de la habitualidad e importancia de la distinción entre derechos individuales y sociales, las razones para separar a unos de otros en categorías muy alejadas entre sí parecen, en su mayoría, muy poco plausibles, básandose a veces en cuestiones meramente anecdóticas, y otras en la mera obstinación. A continuación examinaré algunas de entre tales razones, y mostraré cuáles son, a mi criterio, los argumentos más fuertes para afirmar tales diferencias, y las posibles implicaciones institucionales de las mismas.

LA PRIORIDAD TEMPORAL DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES

Posiblemente, la razón más débil en favor de un tratamiento diferenciado entre derechos individuales y sociales, se vincula con la cuestión de su origen temporal. Ocurre que los derechos individuales, legalmente, "nacieron" con anterioridad, ya que los derechos sociales comenzaron a ser incorporados en los textos constitucionales modernos recién desde las primeras décadas del siglo XX, mientras que los derechos individuales, básicamente, acompañaron el nacimiento del constitucionalismo moderno, en el siglo XVIII. Esta distinción, claramente, se apoya en una diferencia cierta pero inútil, irrelevante desde el punto de vista moral. Nada se infiere de aquí, que justifique un tratamiento jurídico diferente entre ambos derechos. De todos modos, alguien podría decirnos que dicha diferencia temporal sugiere una cuestión más relevante: que "la ciudadanía," por alguna razón, tendió a darle un tratamiento privilegiado y prioritario a los derechos individuales (por sobre los derechos sociales). Tal vez alguna de las razones que expliquen lo que aquí se sugiere, se encuentren entre los argumentos que presento a continuación.

LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS IMPRACTICABLES, O EXAGERADAMENTE ONEROSOS

Un argumento de mayor peso que el anterior, aunque igualmente poco interesante, nos habla de la imposibilidad de asegurar una aplicación efectiva de los derechos sociales. La idea sería la siguiente: el hecho de que "poner en práctica" los derechos individuales parece "costarnos," económicamente, legislativamente, muy poco (pareciera, según veremos, que basta con declarar —y ser consecuentes con— un compromiso de, por ejemplo, respetar la

libertad de cultos, para asegurar tal derecho). Garantizar los derechos sociales, en cambio, parece representarnos, en el mejor de los casos, costos enormes (planes de enorme envergadura, inversiones cuantiosas). Esta situación nos estaría hablando, al menos, de la existencia de alguna diferencia importante entre unos y otros derechos, diferencia que podría justificar, a su vez, un tratamiento jurídico disímil entre los mismos.

Al respecto, y ante todo, corresponde decir que la idea de la "impracticabilidad" de los derechos sociales normalmente parte del presupuesto, injustificado en principio, según el cual la actual distribución de recursos económicos debe permanecer inalterada. Como señala Jeremy Waldron, habitualmente, la afirmación según la cual, "simplemente, no contamos con el dinero [para llevar a la práctica los derechos sociales]" sólo significa que "resulta políticamente muy difícil tratar de recaudar [los impuestos que hacen falta para satisfacerlos]."[1] Ahora bien, nuestro oponente podría insistir con su argumento, diciendo que —para mantener su posición— resulta suficiente con que reconozcamos que la satisfacción de los derechos sociales resulta "mucho más onerosa" que la satisfacción de los derechos individuales. Basta con que se reconozca este punto —podría decírsenos— para que un juez encuentre razonable el abstenerse de actuar, frente al reclamo por un cierto derecho social (por ejemplo, el derecho constitucional a una vivienda digna). De todos modos, parece claro que esta afirmación, en el mejor de los casos, puede justificar una mayor *prudencia* en el juez, pero no su recurrente negativa a actuar frente al reclamo de "poner en acción" un cierto derecho social. Enseguida volveré sobre esta cuestión (y el debate allí implícito, acerca de la importancia relativa de los distintos derechos). Antes, sin embargo, me ocuparé del injustificado presupuesto según el cual (los derechos sociales resultaban más onerosos teniendo en cuenta que) los derechos individuales no nos demandan esfuerzos (económicos, legislativos) significativos.

LOS DERECHOS INDIVIDUALES COMO DERECHOS QUE DEMANDAN (MEROS) COMPORTAMIENTOS PASIVOS; LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS QUE DEMANDAN COMPORTAMIENTOS ACTIVOS

Según algunos, resulta obvio que los derechos individuales constituyen derechos "*negativos*," correlativos de deberes de omisión ("no matar;" "no torturar;" "no condenar a alguien sin juicio previo;" "no censurar") mientras que los derechos sociales resultarían correlativos de deberes "positivos" de asistencia. De ser cierta, esta distinción entre derechos individuales y sociales podría justificar un tratamiento significativamente distinto entre unos y otros derechos: los primeros resultan mucho más fácil de satisfacer, ya que requieren —de nosotros, del Estado— simplemente, que "levantemos las manos," que no tomemos ninguna acción. A pesar del inicial atractivo de esta propuesta, la misma puede resultar seriamente cuestionada a partir de una multiplicidad de consideraciones.

En primer lugar, la postura referida, según la cual los derechos individuales se correlacionan con deberes pasivos, y los derechos sociales con deberes activos, se basa en un presupuesto erróneo: no es cierto que, tal como se proclama, los derechos sociales requieran siempre de comportamientos activos, a los fines de asegurar su respeto. Esto depende, más bien, de coyunturales cuestiones contextuales. Si nos encontrásemos, por ejemplo, dentro de un contexto en el cual la totalidad de las personas viviesen satisfactoriamente, luego, nuestra obligación moral frente a los derechos sociales se reduciría, básicamente, a la inacción: fundamentalmente, nuestro deber sería el de abstenernos de desarrollar comportamientos susceptibles de afectar el orden económicamente justo ya establecido. De allí que, dependiendo de cuáles sean las condiciones externas, los derechos sociales pueden implicar, también, y sobre todo, deberes de omisión.

En segundo lugar, conviene llamar la atención sobre otro presupuesto que parece estar presente en la postura mencionada. Dicha postura parece sostener que, en materia de derechos individuales, cumplimos nuestros deberes fundamentales hacia otros, simplemente, "no actuando," no interfiriendo con sus derechos. Más específicamente, y por caso, la postura referida parece suponer que, para respetar la libertad de expresión, simplemente, debo "no censurar a nadie;" y que, para respetar la libertad de cultos, simplemente, debo permitir que cada uno honre al Dios que quiera. Sin embargo, lo cierto es que esta posición asume injustificadamente que *no violamos derechos a través de nuestras omisiones*. Ello cuando, en realidad, derechos como la libertad de expresión —en un contexto desigualitario, como el de la mayoría de las sociedades modernas— puede requerir tanto de nuestras omisiones, como de ciertos comportamientos activos, a fines de ser garantizados. Así, por ejemplo, asegurar la libertad de expresión puede exigirnos que proveamos de recursos a aquellos que no los tienen, de modo de tornar posible la expresión de sus puntos de vista; o que abramos foros en donde tales puntos de vista puedan ser expresados. Razonablemente, alguien podría sostener que la realización de estos comportamientos activos representan requisitos necesarios para que podamos hablar de un "respeto" a la libertad de expresión Si *no* llevásemos adelante tales comportamientos, y nos contentásemos, simplemente, con la "no interferencia," podríamos estar violentando, por omisión, el derecho a la libertad de expresión.

Todavía más. La postura según la cual los derechos individuales se correlacionan, fundamentalmente, con deberes de omisión ("no matar;" "no censurar") se encuentra afectada por un problema adicional, tal vez el más grave de todos los señala-

[1] Jeremy Waldron, "Rights," en *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, ed. por Robert Goodin y Philip Petit (Basil Blackwell, Oxford, 1993), pág. 580.

dos: dicha postura (aún dejando de lado la idea observada en el párrafo anterior, según la cual podrían violarse derechos individuales por omisión) tiende a ignorar que la misma consagración y mantenimiento de muchos derechos individuales requiere de una infinidad de actos positivos (y no, tal como se proclamaba, sólo de abstenciones de hacer). Por ejemplo, asegurar el respeto de ciertas garantías procesales requiere de una significativa infraestructura judicial, que nos exige, al menos, una extraordinaria erogación de recursos. Del mismo modo, para asegurar el respeto de los derechos de propiedad no basta con "no expropiar." Se requiere el establecimiento de un aparato policial igualmente costoso; y, más aún, de un fabuloso desarrollo jurídico (considérese que casi todo el derecho moderno está dedicado a servir, de un modo u otro, al derecho de propiedad). Más todavía, corresponde decir que la actual distribución de la propiedad no sólo depende, sino que además es producto de una infinidad de acciones estatales previas. Lo mismo con el derecho al voto, y así. Por todo lo dicho, la conexión derechos individuales-deberes de omisión; derechos sociales-deberes de acción, resulta muy difícil de aceptar, como propuesta teórica.

LOS DERECHOS INDIVIDUALES COMO DERECHOS MAS BASICOS

Una nueva forma de justificar la prioridad jurídica de los derechos individuales, consiste en decir que ellos, en realidad, incluyen los derechos (más) fundamentales de los consagrados en nuestro ordenamiento jurídico. Esta es una distinción relevante en ámbitos como el norteamericano, en donde la Corte Suprema parece obstinada en restringir la designación de "derecho fundamental," para libertades como la de expresión o de culto; o las básicas garantías procesales.[2] Ahora bien, recurrir al caso norteamericano es, en este respecto, un tanto tramposo, ya que —según anticipara— la Constitución de este país es una de las muy pocas que no incluye en su texto derechos sociales. Por lo tanto, para darle significación a este caso debiéramos resolver, previamente, una cuestión difícil de dilucidar: en los Estados Unidos se le otorga una importancia relativamente menor a los derechos sociales debido a que no están incorporados en la Constitución, u ocurre, más bien, que los derechos sociales no están incorporados en la Constitución porque los norteamericanos consideran tales derechos como poco importantes? Por el momento, dejaré de lado la consideración más específica del caso norteamericano, para focalizar mi atención en el problema teórico encerrado en este apartado.

El análisis de este punto teórico depende en buena medida de un problema de difícil resolucion: determinar el significado de (derecho) "más importante" o "más básico." Alguien podría decir, por ejemplo, que los derechos sociales (y no los individuales) son los derechos "más básicos," dado que si no se protegen los aspectos de la vida humana que tales derechos vienen a resguardar, los demás derechos pierden su sentido. Para tomar un caso, podría decirse que entre el derecho a expresar libremente mis ideas por la prensa, y el derecho a unas condiciones mínimas que permitan mi subsistencia, el derecho social allí aludido resulta más básico. Ello, debido a que mi derecho a expresar mis ideas por la prensa no subsistiría si mi propia subsistencia resultase afectada; mientras que mi derecho a una alimentación adecuada o mi derecho a una elemental cobertura médica no resultarían afectados, en principio, por la desaparición de la libertad de prensa. Esta consideración nos sugeriría que existen buenas razones para adjudicarle a ciertos derechos sociales el carácter de derechos "más básicos."

De todos modos, debo reconocer que es posible una mirada diferente, y también atractiva, de derecho "más básico," que parece invertir el orden de prioridades antes sugerido. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de hablar de derechos "más básicos" como "derechos habilitantes de un abanico más amplio de derechos." En este sentido, podría sugerirse lo siguiente: si en una sociedad se garantizan exclusivamente los derechos sociales, luego, no hay ninguna razón para pensar en un necesario florecimiento posterior de los derechos individuales; en cambio, si en una sociedad se garantizan todos los derechos individuales, luego (y en la medida en que "la gente así lo prefiera") se podrá pensar en un "natural" desarrollo posterior de los derechos sociales. Esto, debido a que los sectores más perjudicados tendrán chances de asociarse, manifestarse, criticar el ordenamiento dominante, etc. Segun entiendo, este es el tipo de razones en las que piensan muchos académicos norteamericanos cuando conceden el rango de derechos fundamentales, exclusivamente, a los derechos individuales.

Para apoyar consideraciones como la anterior no es necesario recurrir demasiado a polémicas asociaciones históricas. Es posible llegar a tales conclusiones de una forma muchos más interesante, mostrando que cada uno de nosotros tendería a ellas si procurase definir cuáles son los derechos fundamentales, haciendo abstracción de la específica situación particular en la que uno se encuentra inscripto, y pensando en la forma de organizar de modo adecuado las principales instituciones que rigen nuestra sociedad. Este es el ejercicio de abstracción que, típicamente, propone el filósofo John Rawls quien, según entiendo, formula la defensa más sofisticada, coherente, y sólida de la prioridad de los derechos individuales. Rawls (de cuya compleja teoría aquí sólo expondré brevemente su principal conclusión) ha defendido la idea según la cual, en una posición imparcial de elección (en la cual desconociésemos nuestras capacidades, situacion económica y familiar, los datos básicos de nuestra

[2] Piénsese, por ejemplo, en casos como "Dandridge v. Williams" (397 U.S. 471, 1970), en donde la Corte sostuvo que en materia de beneficios de la seguridad social no existían derechos fundamentales involucrados, por lo cual bastaba con que las clasificaciones realizadas por los legisladores fueran mínimamente razonables, para que la Corte las considerase constitucionales.

biografía) terminaríamos eligiendo —como primer principio destinado a organizar la "estructura básica" de nuestra sociedad— un principio orientado a asegurar amplias libertades (fundamentalmente, libertades como las defendidas en los denominados derechos de "primera generación") que gozaría de "prioridad lexicográfica" frente a un segundo principio orientado a ocuparse de las condiciones económico-sociales[3].

El ejemplo de Rawls es muy interesante, sin embargo, porque, aún otorgándole cierta prioridad a los derechos individuales tradicionales (incorporados, en una posición privilegiada, en el primer principio), muestra los estrictos límites que debieran considerarse propios de dicha posición[4]. En efecto, según Rawls, un determinado arreglo institucional no podría considerarse un arreglo institucional justo si violentase *cualquiera* de los dos principios mencionados (el referido a las libertades, y el referido a la organización económico-social), y aún a pesar de la prioridad adjudicada al primer principio. Ocurre que *ambos* princios forman parte de una teoría de la justicia cuyo corazón se encuentra representado por su profundo igualitarismo. Un igualitarismo que se manifiesta, fundamentalmente, en la idea de que un arreglo institucional es injusto si permite que las personas resulten beneficiadas o perjudicadas institucionalmente, por hechos moralmente irrelevantes (esto es, por razón de la suerte que han tenido en la "lotería natural" —que ha llevado, por ejemplo, a que algunos nazcan con mayores o menores talentos; mayores o menores capacidades físicas; en contextos más o menos ricos).

Obsérvese entonces cuál es la situación a la que se llega, a través de la apelación a teorías de la justicia como la propuesta por Rawls: dicha teoría i) puede servir de apoyo para ayudarnos a diferenciar entre derechos individuales y sociales; ii) puede servir de apoyo, también, para mostrar la necesidad de un tratamiento diferenciado de ambos tipos de derechos, y iii) puede servir, incluso, para otorgarle una cierta prioridad a los derechos vinculados con determinadas libertades básicas. Sin embargo, ni siquiera en este caso quedamos autorizados para justificar la violación o el aplazamiento (por ejemplo, "hasta que contemos con los recursos suficientes") de la satisfacción de ciertos derechos sociales. No es justo sacrificar *ninguno* de los principios de justicia enunciados, ni el que propone un amplio abanico de libertades básicas, ni el que fundamenta un orden económico-social fuertemente igualitario (igualitario, hasta el punto de considerar injusta cualquier desigualdad que no se dirija a mejorar la suerte de los más desfavorecidos).

DERECHOS SOCIALES Y EL PODER DEL PODER JUDICIAL

Por lo dicho hasta aquí, resulta difícil realizar una distinción significativa entre los derechos individuales y sociales. En el mejor de los casos, las distinciones teóricas entre uno y otro tipo de derechos no alcanzan para justificar distinciones significativas en cuanto a nuestras obligaciones prácticas frente a los mismos: según viéramos, es difícil justificar un esquema institucional que garantice los derechos individuales mientras deja para un eventual futuro la implementación de los derechos sociales. Llegados a este punto, de todos modos, hay por lo menos un paso más que estamos en condiciones de intentar.

La idea es la siguiente: dado que es el poder judicial el poder al que, normalmente, le exigimos la defensa o puesta en práctica de los derechos constitucionales aquí bajo examen, entonces, tiene sentido (por las razones que diré) realizar distinciones entre derechos individuales y sociales, algo que tal vez no ocurriría si hablásemos del rol del poder legislativo. Ocurre que el poder judicial es el poder que (en términos relativos) cuenta con menor legitimidad democrática: sus miembros no son elegidos directamente por la ciudadanía, y permanecen en su cargo, en principio, de por vida (a diferencia de los funcionarios políticos que deben someter su autoridad a periódicos escrutinios públicos). Dada tal situación, pedirle al poder judicial que "operativice" los derechos sociales, implicaría una grave afrenta para nuestras convicciones democráticas: de este modo, por ejemplo, los jueces pasarían a reemplazar a los legisladores en muchas de sus funciones más importantes. Así, "operativizando" derechos sociales como el referido a una "vivienda digna"; un "trabajo adecuadamente remunerado"; un "seguro de salud"; el poder judicial terminaría reemplazando a los legisladores (y a la ciudadanía misma) en su tarea de elegir el modo en que auto-organizarse en materia económica y social. Y, podría agregarse, si los ciudadanos y sus representantes pierden tales poderes de decisión, entonces, la democracia termina vaciándose de contenido, para convertirse en el famoso "reino de los jueces." Serían ellos los verdaderos "gobernantes" al tener "la última palabra" sobre las cuestiones constitucionales que más nos importan.

---

[3] El segundo principio sostiene, fundamentalmente, que no pueden aceptarse como justas las desigualdades sociales y económicas, a menos que las mismas se encuentren dirigidas a mejorar la situación de los grupos mas desfavorecidos de la sociedad. La "prioridad lexicográfica" del primer principio, por su parte, significa que, por ejemplo, no podría aceptarse como justa ninguna disminución en las libertades temporario, fundamentales con el fin, aún de provocar mejoras en las condiciones económicas y sociales. Para dar un ejemplo obvio, no resultaría admisible obligar a la mayoría a realizar trabajos forzados por un tiempo, con el fin de mejorar la base económica de la sociedad. Ver, John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Harvard University Press, 1971).

[4] Afirmar esto no implica decir que Rawls se ocupa, a través del primer principio, de los derechos individuales, mientras que con el segundo hace referencia a los derechos sociales. Al menos parte de los derechos que denomino derechos sociales parecen estar incorporados también en el primer principio. De todos modos, y más allá de esta polémica (¿hasta qué punto el primer principio incorpora referencias de orden economico-social?), parece cierto que Rawls tiende a adjudicarle un rol prioritario, dentro de su teoría, al aseguramiento de ciertas libertades básicas, que parecen mayormente identificadas con las libertades clásicamente defendidas por el liberalismo: libertad de expresión, de asociación, de cultos, etc. En este sentido, podríamos decir, Rawls considera que una teoria de la justicia adecuada debiera dedicarse a defender, antes que nada, tales libertades. Sobre la discusión acerca de las implicaciones de los principios de justicia, resulta especialmente interesante el libro *Reading Rawls*, ed. por Norman Daniels (Basil Blackwell, Oxford, 1975). Agradezco a Víctor Ferreres Comella sus comentarios críticos sobre este punto.

La cuestión en juego es muy seria pero, claramente, ella aparece más como una base desde donde objetar el rol asignado al poder judicial, que como una forma de justificar la distinción aquí bajo examen, entre derechos individuales y sociales. En efecto, parece obvio, a partir de lo dicho hasta aquí, que los problemas señalados en el párrafo anterior valen tanto en relación con los derechos sociales como en relación con los derechos individuales. Quiero decir, del mismo modo en que nos preocupa que los jueces reemplacen a los legisladores para diseñar, por ejemplo, un plan económico, nos debe preocupar que hagan otro tanto en materia de derechos individuales. Así, tenemos razones para oponernos a la posibilidad de que los jueces, so pretexto de interpretar, por ejemplo, el derecho de libertad de expresión, nos digan si tenemos o no derecho a consumir literatura violenta, o publicaciones pornográficas, o discursos políticamente extremistas. Del mismo modo, tenemos razones para rechazar la posibilidad de que los jueces, interpretando el derecho a la vida, nos digan si tenemos o no derecho a llevar adelante un aborto. Cuestiones como las referidas no debieran ser enajenadas de la discusión democrática, para ser dejadas, finalmente, en manos de los jueces.

Dicho lo anterior llegamos, entonces, al menos, a dos conclusiones importantes. En primer lugar, alcanzamos el final de nuestro trabajo sin haber descubierto una forma adecuada para distinguir entre los derechos individuales y sociales: no tenemos buenas razones para tratar a los derechos sociales como derechos de "segunda categoría," o derechos cuya satisfacción, por alguna causa, merezca ser desplazada hacia un futuro incierto. Sin embargo, el último punto aquí examinado (el referido al rol del poder judicial) nos ilumina acerca de cuestiones sobre las cuales convendrá seguir reflexionando en el futuro.

Ante todo, cabe decir lo siguiente: contra una creencia habitual dentro de los ámbitos jurídicos "progresistas," no es tan claro que la inclusión de más y más derechos dentro de la Constitución constituya una medida genuinamente "progresista." En efecto, incorporar más derechos (especialmente, derechos sociales) dentro del texto constitucional implica, antes que nada, transferirle más poder al poder con menos legitimidad democrática dentro de nuestra estructura institucional: el poder judicial.

Dicha situación (lo difícil que resulta aceptar que sea el poder judicial el que conserve "la última palabra" en cuestiones de tanta relevancia), puede llevarnos a modificar alguna de las implicaciones más importantes de nuestra conclusión principal. En efecto, dijimos aquí que (dada la esencial similitud entre derechos individuales y sociales) teníamos que rechazar la afirmación de algunos jueces y juristas para quienes el poder judicial no debe "operativizar" los derechos sociales hasta tanto no reciba "instrucciones precisas" desde el legislativo. Sugerimos aquí, en cambio, que el poder judicial debe dar un tratamiento básicamente idéntico a los derechos individuales y sociales (así, por ejemplo, para "poner en funcionamiento" a los últimos tanto como a los primeros). Ahora bien, luego de examinar brevemente la función que, en la práctica, adquiere el poder judicial, tal vez debamos sostener algo diferente. Podríamos concluir nuestro trabajo, por ejemplo, afirmando que el poder judicial (en lugar de dedicarse a "poner en funcionamiento" *ambos* tipos de derechos), debiera asumir, frente a *ambos* tipos de derechos un rol distinto, más deferente ante la discusión mayoritaria, a la cual, en todo caso, debiera contribuir a activar (en lugar de reemplazarla, a través del ejercicio de sus funciones). De todos modos, este tipo de consideraciones nos abren camino hacia una nueva polémica, tan grave y relevante como la examinada en este escrito. Y mejor encarar los problemas, al menos, de a uno por vez.

Veinte años de jueces*

Bonifacio DE LA CUADRA

Asumir, desde el sistema judicial español, un compromiso con el inmediato futuro, requiere analizar previamente, aunque sólo sea mediante una crónica periodística, lo ocurrido en este país desde la instauración de la democracia. El papel jugado por los jueces durante estos veinte años puede servirnos de enseñanza y acicate para abordar la entrada en el próximo siglo. Aunque, como decía el tanguista, con deficiente concordancia gramatical, "veinte años no es nada", aquí han pasado muchas cosas.

El modelo español de transición política mantuvo intacto, entre otras muchas instituciones, el aparato judicial. Los jueces españoles de 1977 eran los del franquismo, pero la Constitución de 1978 les sacó de la unidad de poder y coordinación de funciones y les instaló nada menos que en un poder judicial independiente.

Mientras las Cortes se renovaban notablemente merced al sufragio universal —Dolores Ibarruri, Rafael Alberti, Simón Sánchez Montero, Marcelino Camacho, Santiago Carrillo y otros perseguidos políticos ocuparon sus escaños— y el Gobierno contaba con la legitimidad democrática de un Parlamento capaz de controlarle, los jueces eran los mismos y lucían en sus pechos los mismos collares, que muchas veces tapaban camisas azul mahón, condecoraciones franquistas y ejecutorias como gobernadores civiles y jefes provinciales del Movimiento o como prebostes varios de la dictadura.

Ese era el poder judicial que el ejecutivo, en aras del principio de división de poderes, dejaba de gobernar y controlar. ¿Pero estaban aquellos jueces en condiciones de administrar justicia en una democracia?

IDEOLOGIA ULTRA

Un análisis sobre 630 sentencias del Tribunal Supremo de la última etapa de la dictadura, publicado en 1986 (véase *El País* de 24-8-86) por el constitucionalista Francisco J. Bastida, reveló detalles de la ideología *ultra* de los magistrados que en gran número continuaban ejerciendo al comienzo de estos últimos veinte años. Los jueces con máximo poder jurisdiccional mantenían en sus sentencias la inmutabilidad de la ley divina, la necesaria obediencia a la doctrina de la Iglesia Católica, la defensa a ultranza de la honestidad y el "pudor sincero" de las mujeres españolas (reconocían que, mientras tanto, la moral extranjera podía admitir excesos sexuales *contra natura*) y condenaban la defensa del divorcio como un ataque amoral y nihilista.

No puedo extenderme más sobre este suculento estudio. Sólo añadiré que aquellos magistrados del Tribunal Supremo amparaban como "lógica", la autodefensa del Estado; supeditaban las libertades al orden público, y condenaban por "antiespañol" no sólo al PCE, sino al PSOE, PNV y otros partidos pretendidamente subversivos y destructores de la unidad nacional.

Las posibilidades de colaborar en la instauración de una justicia democrática residían precisamente —parece obvio— en Justicia Democrática, que ya en 1976 había pedido, como paso previo a la negociación del Gobierno con los partidos, la supresión de la jurisdicción de orden público, el fuero policial, el arresto gubernativo, etcétera. Eso era lo obvio, por lógico. Para comprobar la distancia entre la lógica y la realidad, baste decir que uno de los protagonistas de la transición, Manuel Fraga, llamaba "comunistas" a los miembros de esa organización, por cierto ideológicamente plural.

A diferencia de lo ocurrido en los otros dos poderes, la transición no buscó demócratas para que organizaran el poder judicial democrático. No es extraño, pues, que los jueces, en su gran mayoría vinculados o comprometidos con el régimen anterior, actuaran inercialmente y, desde el punto de vista jurisdiccional, se abrazaran durante esos primeros años a las leyes franquistas y se negaran a aplicar directamente la Constitución o a extraer de ésta la fuerza derogatoria que llevaba en su seno respecto a gran parte de la legalidad de la dictadura.

Más extraño es que ese juez legalista, insumiso a la Constitución, recibiera en 1997 un esperpéntico espaldarazo por parte de un afamado catedrático y publicista, de trayectoria democrática izquierdista, quien a propósito de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre *los papeles del Cesid*, publicó en *El País* del 18 de abril de ese año que dicha sala dio técnicamente "un golpe de Estado", puesto que apoyó en la Constitución su decisión favorable a la desclasificación, cuando los jueces "tienen que identificar siempre cuál es la ley" que aplican y sólo el Tribunal Constitucional puede aplicar directamente la Constitución frente a la ley

¡Qué contentos habrá dejado Javier Pérez Royo a los magistrados que en los años ochenta eludían la aplicacion de la Constitución, empezando por el hoy presidente de la Sala Tercera, que al aferrarse a la ley de Secretos Oficiales y votar en contra de la mayoría "actuó de manera constitucionalmente irreprochable", según el experto!

JUSTICIA PRECONSTITUCIONAL

Pero volvamos a nuestros jueces de finales de los años setenta y principios de los ochenta, cuando los escasos juristas demócratas eran perseguidos o

* Ponencia expuesta en el curso "El sistema judicial español; un compromiso con el inmediato futuro", organizado por Jueces para la Democracia en El Escorial, 8 de agosto de 1997.

sancionados, mientras los escaños de las Cortes soportaban a antiguos subversivos, cierto es que junto a políticos franquistas igualmente elegidos en las urnas. Las hemerotecas revelan que el fiscal Jesús Vicente Chamorro fue sancionado en 1978 por el ministro de Justicia Landelino Lavilla por intervenir en el programa televisivo de debate *La clave*, y que dos años después se descubrió que la policía había investigado al propio Chamorro, así como a Carlos de la Vega, Antonio Carretero, Clemente Auger, José Antonio Martín Pallín y otros dirigentes de Justicia Democrática.

Ya entonces, la democracia renunció a reclutar jueces demócratas, aunque eran "muy pocos", como recordaba en 1980 el entonces fiscal Eduardo Jauralde, quien añadía con gracia que, en cuanto a fiscales, "el panorama es desolador". Lo sigue siendo, añado.

Los jueces y tribunales impartían una justicia en gran medida preconstitucional, pero era necesario llenar el invento del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), órgano de gobierno de un poder judicial independiente, en contraste con la situación del franquismo, en la que el Ejecutivo gobernaba a los jueces como unos funcionarios más.

Todos los jueces del anterior régimen seguían ejerciendo, no se olvide, sin necesidad de convalidación democrática, pero el gobierno de ese colectivo correspondía ya al CGPJ. A prisa y corriendo se montó la Asociación Profesional de la Magistratura (APM), única entonces, que copó los 12 puestos de jueces y magistrados, junto a los ocho juristas elegidos por las Cortes.

En aquel primer Consejo terminó por consolidarse una minoría progresista en torno al juez Perfecto Andrés, el fiscal Jauralde y el abogado Fernando García-Mon, nutrida más de los ocho vocales de elección parlamentaria que de los jueces y magistrados elegidos por la carrera judicial.

Federico Carlos Sainz de Robles, un buen presidente de aquel Consejo, ya tuvo la idea de un Libro Blanco de la Justicia, iniciativa que ha recuperado dieciséis años después el actual CGPJ.

El pulmón del CGPJ era la APM y a ella acudieron los jueces demócratas para obtener un pronunciamiento sobre la sumisión judicial a la Constitución. En el congreso de la APM celebrado en mayo de 1981 se logró aprobar en comisión tal pronunciamiento, pero el pleno lo rechazó para no atentar "contra la libertad e independencia de cada juez en particular".

La gran mayoría de los jueces seguían comulgando con su tradicional jurisprudencia, alimentada de viejas condenas como las dictadas por poseer 30 ejemplares de un folleto de Dionisio Ridruejo, publicar que Picasso era homenajeado por unos estudiantes o difundir una respuesta de Agustín García Calvo que, "en forma enaltecida", decía la sentencia, menospreciaba "los principios del Movimiento Nacional". No hubo ruptura con esa jurisprudencia, que seguía operando como fuente del derecho.

Tras el 23-F algunos magistrados se crecieron. En noviembre de 1981 dos magistrados del Tribunal Supremo —Mariano Gómez de Liaño y Bernardo Castro— figuraban entre los convocantes de un homenaje a Adolfo de Miguel, defensor de algunos implicados en la intentona golpista.

Meses después, la sentencia que, a pesar de la brillante defensa del abogado José María Mohedano, condenaba por desacato al periodista Jorge Martínez Reverte se convertía en un alegato del juez Ricardo Varón Cobos frente a una prensa a la que se tildaba de partidaria y política.

El propio Sainz de Robles, que se atrevió a hacer unas declaraciones a la revista *Tiempo* sobre la corrupción en la Justicia, se vio obligado por la presión judicial a matizar que no habló de corrupción "entre los jueces", como se publicó, sino "en la Administración de Justicia". Los jueces de principios de los ochenta no pasaban una.

Y mientras, el juez progresista de aquella epoca era acusado de uso alternativo del derecho porque se pronunciaba en favor del aborto, censuraba las torturas y se atrevía a criticar los excesos de la legislación antiterrorista. Era un juez democrático, pero se estaba alejando del único poder judicial de aquella democracia.

El juez progresista ya no cabía en la APM. En febrero de 1983 el III congreso de la APM reconoció las corrientes ideológicas y unos meses después nació Jueces para la Democracia (JpD), que ya en 1984 abandonaría la APM. Todavía en el verano de 1983 Clemente Auger clamaba en Santander contra la legislación antiterrorista del Gobierno centrista y el resurgimiento de la razón de Estado, que recortaba las libertades.

LA GRAN ESPERANZA

Estábamos ya en 1983. Gozosamente los socialistas han llegado al poder y todo promete cambiar. ¿Todo? El PSOE quiere arremeter contra el juez derechista y termina atacando al juez, sin adjetivos, al poder judicial. Pero no se pierden las esperanzas. En el Gobierno hay juristas de indudable trayectoria democrática. Es el momento para el poder judicial o, aún más, para una justicia democrática.

Yo fui testigo de cómo en El Escorial, en diciembre de 1983, el ministro de Justicia Fernando Ledesma aseguró a las cúpulas del Ministerio Fiscal de toda España que los fiscales eran servidores del interés público y social que marca el Gobierno democrático. Entre los reunidos había ex gobernadores civiles y ex sindicalistas verticales y casi se observaba con complacencia que el ministro les impusiera que el Gobierno democrático era el que mandaba, aunque la Constitución no llegaba tan lejos.

Al fin y al cabo se trataba de los fiscales. Pero no. Ledesma empezó a tratar a fiscales y jueces como funcionarios. Que trabajen. Obligó a los jueces de instrucción de Madrid a duplicar las guardias a partir de principios de 1985. El juez demócrata no se quejaba. El poder judicial era también un servicio público.

Pero si el primer CGPJ, del que Ledesma había

formado parte, tenía una serie de competencias, el ministro de Justicia Ledesma quiso recuperar algunas de ellas para el Gobierno, porque ya no estaba en él UCD, sino el PSOE, "nosotros". No es cierto que el PSOE se enfrentara con los jueces a partir de que sus dirigentes tuvieran problemas con la justicia. Desde mucho antes estableció el predominio del poder político sobre el poder judicial.

En febrero de 1985, el subsecretario de Justicia, Liborio Hierro, precisamente un profesor de Filosofía del Derecho, expuso con nitidez la posición socialista sobre la materia cuando reclamó para el Gobierno la "realización de la política judicial, como de toda política, bajo el control parlamentario".

A los miembros de la APM, el predominio del Gobierno no les sonaba del todo mal. Estaban acostumbrados. Lo que les molestaba era el ataque a los jueces y magistrados. Su presidente, José Gabaldón, se quejaba de que los medios de comunicación social les colocaban en "viciosa actualidad". Liborio Hierro contestó, fulminante: "El primer signo de democracia judicial es que se hable de los jueces y se acabe con su sacralización". Definitivamente, la progresía era antijudicial.

Pero, ¿cómo eran los jueces? Un estudio sociológico sobre los 1.748 jueces y magistrados que existían a finales de 1984 (véase *El País* del 17-3-85) muestra que el juez español medio tenía entonces unos cincuenta años, estaba casado con una mujer de clase acomodada, era católico practicante, hijo del "cuerpo", se proclamaba "apolítico" o centrista, aspiraba a llegar al Supremo, pertenecía a la APM, confiaba "mucho" en el Rey, "bastante" en el presidente del Gobierno y en los ministros, menos en los diputados y senadores y en su alcalde y "poco" en los políticos en general.

Para comparar el vuelco sociológico producido baste decir que, dado que hasta 1966 la judicatura estuvo vetada a la mujer, en 1984 el 90% eran varones, mientras que hoy el 60% de los jueces son mujeres, si bien no parece que, por el momento, la masiva presencia femenina haya alterado el *rol* tradicional que se atribuía al juez varón. Al menos, no tengo noticia de ningún estudio que haya constatado un cambio cualitativo en virtud del cuantitativo. Y los testimonios personales confirman que la incorporación de la mujer no ha cambiado aún al viejo poder judicial masculino, aparte de aspectos todavía demasiado externos —atuendos, peinados, colores— y poco significativos.

1985, AÑO CLAVE

El año 1985 marcó las relaciones del PSOE con los jueces. En la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial que se aprobó ese año se impuso la elección parlamentaria de los 20 vocales del CGPJ. Cuestión muy polémica dentro de la judicatura, sólo diré que la mayoría de los juristas progresistas estuvo entonces a favor, porque creyó que era una palanca para la renovación y democratización del poder judicial.

Unida al adelanto de la edad de jubilacion que permitía el cese inmediato de 136 magistrados —12 de ellos del Supremo—, se consideró que era la única fórmula capaz de acabar con la hegemonía de una judicatura heredada de la dictadura. La estadística estaba del lado de la APM y el avance de los jueces progresistas en los sucesivos procesos electorales para el CGPJ, cada cinco años, resultaba muy lento.

En cambio, entroncar el órgano de gobierno del poder judicial con la legitimidad democrática de la soberanía popular parecía el gran invento del siglo. Sin embargo, no se conoce la virtualidad que pudo tener de haberse utilizado correctamente. Lo impide la perversión del sistema de cuotas partidarias utilizado de forma que vició y desfiguró su sentido. El principal responsable del deterioro del invento fue el PSOE.

En todo caso, el CGPJ presidido por Antonio Hernández Gil renovó la cúpula del Tribunal Supremo y de los órganos judiciales autonómicos y el presidido por Pascual Sala recuperó competencias como la selección de jueces y magistrados. No podemos analizar el futurible de qué hubiera pasado si estos dos Consejos se hubieran elegido igual que el primero.

En cambio, sí merece reseñarse que el CGPJ que inició su mandato en 1990 se malogró en buena parte por la ambición política desmedida de varios de sus vocales, que lo utilizaron como trampolín para alcanzar el poder ejecutivo, con lo que se adelgazó la inicial mayoría progresista, se potenció la guerrilla interna y la lucha partidaria para cubrir las vacantes y terminó su mandato tarde y mal bajo el estigma de la participación en el órgano de gobierno de los jueces de un delincuente, juzgado, condenado y hoy en la cárcel por corrupción: Lluís Pascual Estevill.

Lo explicaba muy bien unos años antes precisamente uno de los vocales que no se conformó con la política judicial que desde el Consejo podía y debía hacerse y que optó por la política del Ejecutivo, en donde llegó a ser ministro primero y biministro después.

En una entrevista a toda página publicada en el diario *Egin* en 1986 —qué gusto da bucear en las hemerotecas—, Juan Alberto Belloch discurría así: "La lógica del poder judicial no es la lógica del Ejecutivo. El problema es que hay cuotas de poder del que nosotros" —hablaba como portavoz de JpD— "queremos participar, mientras que el Ejecutivo está empeñado en que juguemos su mismo papel". "Intentan que dejemos de ser neutrales, independientes. Lo que pasa es que no es ese nuestro papel y no estamos dispuestos a asumirlo". Bueno, entonces todavía no. Todo se andaría.

Lo curioso es que Belloch —tan lúcido— se enfadara muchísimo cuando este periodista le retrató en 1990 en *El País* como capaz de conciliar su trayectoria democrática y su defensa de los derechos humanos "con una indudable ambición política". La frase era tan descriptiva que el enfado sólo se sostenía en una cuestión de matiz: él hubiera preferido que escribiera "vocación" en lugar de "ambición".

EL PODER SOCIALISTA

Pero volvamos a la última mitad de los años ochenta, cuando se demostró que el PSOE de ma-

yoría absoluta no se conformaba con el vuelco en el sistema electoral del CGPJ. Es más, hoy puede decirse que aquella innovación era la punta del iceberg de una concepción más honda: la subordinación del poder judicial al poder político, con una sola condición, que el poder político lo encarnaran los socialistas. Los mismos que habían potenciado en la Constitución un poder judicial independiente para contraponerlo al poder ejecutivo del centrismo no precisaban ya de ese ariete.

Aquellos años fueron los de las grandes tensiones de los jueces con Interior y sus mandos policiales. El Gobierno socialista se negó a cumplir el mandato de la juez Elisabeth Huertas cuando se vio obligada a citar a unos 90 guardias civiles en una investigación sobre torturas. El entonces dirigente socialista Ricardo García Damborenea arremetió contra los jueces del País Vasco en el entierro de una militante socialista de Portugalete, víctima del terrorismo.

Desde el Ministerio de Justicia, su titular, Fernando Ledesma (hoy recuperado para la magistratura), no sólo no dimitió sino que emitió señales de "conmigo o contra mí", sin admitir un discurso diferenciado de Jueces para la Democracia, de la que reclamaba constantemente el aplauso para fortalecer su supuesta pugna con Interior, a pesar de que trataba de amparar en la razón de Estado decisiones inexplicables jurídicamente, empezando por la negativa del Gobierno a la comparecencia de los guardias civiles ante la juez Huertas.

En apoyo de una política socialista antijudicial siempre había en aquellos años un juez que mandaba detener a dos mujeres que se bañaban desnudas en una playa de Cádiz porque se sentía "como faltado al respeto"; otro que en Pamplona perseguía y humillaba a mujeres que habían abortado; o el juez de Azuaga, que detuvo a una pareja que se besaba en un bar; u otro magistrado en Valencia, justiciero contra la prostitución, que pretendió que el juez de guardia detuviera al ginecólogo de su esposa, porque tardaba en atenderla; o el tribunal catalán que exculpó una agresión sexual porque la víctima llevaba minifalda, o el Tribunal Supremo, que absolvió a Jaime Rodríguez Hermida y Ricardo Varón Cobos de la irregular puesta en libertad del mafioso Antonio Bardellino.

"La justicia es un cachondeo", exclamó en aquellos tiempos el alcalde Pacheco, y lo empapelaron. Era cierto que existía un corporativismo judicial, contra el que clamó, entre otros, el magistrado Enrique Alvarez Cruz, pero más que atajarlo, los gobiernos socialistas lo utilizaron para justificar sus ansias de impunidad en la política —o lo que fuera— antiterrorista y en la actuación autónoma de las fuerzas y cuerpos policiales en aras de una seguridad ciudadana que, como se vio después, era bastante insegura.

LA ESQUIZOFRENIA DE JpD

Jueces para la Democracia sufrió en esa época —que de algún modo ha seguido marcándole— el doble y esquizofrénico castigo de, por un lado, compartir judicatura con personajes impresentables que confundían "su" moral con "el" derecho y patrimonializaban el ejercicio judicial como si se tratara de una finca particular, y, por el otro, el de ser vecinos ideológicos de un poder político nada respetuoso con el papel que corresponde en una democracia al poder judicial.

En lo que pudo, JpD contribuyó a la erradicación de conductas judiciales anómalas y apoyó siempre decisiones anticorporativas, como la expulsión de Varón Cobos y Rodríguez Hermida, las condenas por cohecho a Carlos Lorenzo-Penalva y Joaquín García Lavernia. E incluso Nicolás Maurandi propuso, ya en 1991, que se estableciera un sistema no sólo de entrar en la carrera judicial, sino de salir de ella "cuando el juez es malo".

Al mismo tiempo, desde la palanca de la cuestión de inconstitucionalidad, Jesús Fernández Entralgo promovió la separación entre la función de instruir y juzgar; la sala presidida por Perfecto Andrés contribuyó a desfacer algunos de los entuertos de la *ley Corcuera*, y otros jueces compatibilizaron también su función judicial con su contribución a corregir insuficiencias en materia de aborto u objeción de conciencia y otros desmanes realizados, desde la jacobina legitimidad democrática, por los políticos del PSOE. Mientras tanto, el poder socialista esgrimía el aumento de medios materiales y la incorporación de 2.000 nuevos jueces como prueba evidente de su preocupación por la justicia.

La presencia en el Ministerio de Justicia de Enrique Múgica aportó más simpatía y fluidez en las relaciones con los jueces que, en lo fundamental —el respeto debido a las investigaciones y decisiones judiciales y la prevalencia de la justicia sobre la razón de Estado— siguió igual de mal. Porque no era una cuestión de ministros: el presidente del Gobierno, Felipe González, había apostado ya, desde el principio de su mandato, por la seguridad, entendida a su manera, por encima de la libertad y la justicia, a pesar de ser éstas constitucionalmente prioritarias.

Los casos de guerra sucia y de corrupción en los que comenzaron a aparecer socialistas —GAL, Juan Guerra, Filesa y otros muchos— complicaron todavía más esas relaciones y enrocaron a los dirigentes socialistas en su propia concepción ajurídica, a la que trataron de buscarle explicaciones en la utilización que la oposición, apoyada por algunos medios periodísticos afines, hizo de aquellos casos para echarles del poder, por cierto con éxito.

Es verdad que tales medios jugaron sucio cuando convirtieron el *caso Naseiro* —en el que oímos las voces— en el *caso Manglano,* mientras jaleaban el justicierismo de Marino Barbero sin que ningún medio, ni siquiera los motejados de gubernamentales o, después, de felipistas, osara denominar al *caso Filesa* como *caso Barbero*, del mismo modo que no se bautizó con el nombre de Garzón, Gómez de Liaño o cualquier otro juez la investigación que, mejor o peor, llevara adelante.

JUDICIALIZACION... ¿DEL JUEZ?

El juez de finales de los años ochenta y, sobre todo, el de los noventa, a pesar de haber asumido generalizadamente la aplicación directa de la Constitución —guste o no guste al catedrático— y de mantenerse en niveles apreciables de independencia —aparte excepciones— tiene que cargar sobre sus espaldas con la cruz que sobre él colocan los políticos, especialmente los del PSOE.

Felipe González y su Gobierno no asumen las responsabilidades políticas que les corresponden en la guerra sucia y la corrupción, pero además, para eludirlas o para, al menos, ganar tiempo, se remiten a lo que digan los jueces. El siguiente paso es quejarse de la excesiva judicialización. ¿Pero de quién? ¿Judicialización... de los jueces? ¿O acaso judicialización de los políticos, probablemente esperanzados en que el tiempo, el proceso y las garantías diluyan o escamoteen tanto sus responsabilidades políticas como penales?

Pero el arbitraje judicial al que dicen someterse no es aceptado de buen grado. Porque cuando los jueces, como en el caso del fallo de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre la desclasificación de los *papeles del Cesid*, toma una decisión que no comparten, al día siguiente están pidiendo que no se cumpla. Por el contrario, preparan las manos para frotarlas y tienen a punto el botafumeiro para celebrar con los honores que merece la exculpación penal, si se produce, o la minimización de la condena —si las prescripciones y las habilidades defensivas fructifican— en los casos GAL y Filesa, por citar dos asuntos paradigmáticos en los que la responsabilidad, a secas, del PSOE está cantada.

Son, en todo caso, los jueces, especialmente en la Audiencia Nacional o en el Supremo, los que tienen que soportar las acusaciones de judicialización de la vida política por asumir asuntos que nunca debieron salir del campo político. Los jueces demócratas llevan sobre sus hombros la doble carga del deber de realizar su trabajo, caiga quien caiga, que nunca es agradable, y la de comprobar que quienes deben caer coinciden muchas veces con aquella gran esperanza que suscitó para una justicia democrática la llegada al poder en 1983 del PSOE, que no sólo frustró todas las expectativas, sino que se convirtió en el más hostil crítico hacia quienes ejercen la jurisdicción.

JUEZ DE USAR Y TIRAR

En cambio, lo que sí hicieron los socialistas, en sus horas electorales bajas, fue, tras haber negado a Garzón los datos que pidió a Interior sobre los GAL para tirar del ovillo desde el *caso Amedo y Domínguez*, reclutarle en 1993 como número dos de la lista por Madrid, detrás de Felipe González, en las elecciones legislativas.

Es asombroso que, después de haber utilizado el estrellato de Garzón como reclamo electoral, los socialistas —cuando el magistrado regresó a su juzgado, merced a una reforma legislativa propiciada por ellos e impulsado por la incompatibilidad con el político Belloch, emergente en 1994— se refieran peyorativamente a los *jueces estrella*, e incluyan en esta imagen a la misma persona de la que se beneficiaron políticamente y a la que atribuyeron tirón electoral.

Tanto Garzón como otros muchos jueces de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo o los más recónditos órganos judiciales del país tienen motivos para estar escaldados con el poder socialista, pero tampoco confían nada en que los nuevos gobernantes les vayan a ser más propicios. La sujeción a la Constitución y a la ley y la voluntad de prestar la tutela judicial debida a los ciudadanos es el único norte seguro.

Un compromiso de los jueces de hoy con el inmediato futuro pasa por una reflexión sobre el papel de la jurisdicción para resolver los conflictos de la ciudadanía y también para protegerla de los abusos del poder, incluido el judicial.

El actual portavoz de JpD, José Antonio Alonso, ha reclamado el fomento de los controles sobre el poder de los jueces, como respuesta al olvido cultural de que el juez es "un mero instrumento del ejercicio de un poder cuya finalidad es tutelar los derechos y libertades". Tal observación constituye una reflexión tan democrática, honesta y razonable que corre el peligro de ser poco compartida y mal interpretada. Sin embargo, sólo un ejercicio responsable y controlado del propio poder gozará de *auctoritas* suficiente para cumplir la función de limitar los abusos de otros poderes.

Si, en cambio, JpD quiere aumentar a cualquier precio su número de socios, siga el ejemplo de la asociación mayoritaria y pida autogobierno y aumento de sueldos. El camino de quienes ven en la exigencia de responsabilidad a los jueces el peligro de "menoscabar su independencia" ya está señalado, como es conocido el mensaje de quienes alertan contra "las permanentes descalificaciones e insultos que vienen sufriendo los jueces, especialmente cuando determinados sumarios afectan al poder político". En las antípodas de esta posición, Alonso apuesta por los controles sobre el poder de los jueces, "entre ellos el de la crítica pública de sus decisiones".

DOS MODELOS DE JUEZ

Son dos concepciones diametralmente opuestas, que apuntan hacia dos modelos de juez absolutamente distintos, en los que importa menos las posiciones de derecha o izquierda que la coherencia con el papel del juez en una democracia.

Uno, heredero del juez franquista de horca y cuchillo, es defensor a ultranza de su independencia, pregona un apoliticismo que le delata, utiliza la profesionalidad como escudo, la ley y la Constitución como arma arrojadiza y las prerrogativas como baluarte del ejercicio del poder. El otro, desde la independencia que ejerce más que defiende, se reconoce servidor de los ciudadanos y tutelador de sus derechos y libertades y necesitado de control,

responsabilidad y sometimiento a la crítica para evitar los abusos de su poder.

Los últimos veinte años enseñan a los jueces, por lo menos, que no debe confiarse en la ideología afín, porque existe el riesgo de que, desde ella, se les instrumentalice o se les engañe, del mismo modo que no vale atrincherarse en la negación de la política, porque constituye la peor trampa para hacerla a escondidas.

La frustración que para los jueces demócratas ha significado el paso del PSOE por el poder debe hacerles desconfiados y cautos respecto a todo poder, incluido el suyo, y calibrar a partir de ahora los quilates de democracia que el poder político practica más que los kilos de ideología que exhibe.

La Constitución —norma jurídica suprema y norte político para la construcción de "una democracia avanzada", como proclama su preámbulo— es el mejor arsenal para que el sistema judicial español contraiga un compromiso con el inmediato futuro. Tras los avatares de estos últimos veinte años, creo que los jueces deben resolver "la crisis del juez", de la que habló Clemente Auger en la inauguración del curso celebrado en agosto de 1997 en El Escorial, mediante la instauración definitiva del juez constitucional.

EDITORIAL TROTTA
Tfno. 34-1-593 90 40
E-mail: trotta@infornet.es
http://www.trotta.es

JÜRGEN HABERMAS
Facticidad y validez

J. RAWLS, R. RORTY, J.F. LYOTARD, A. HELLER, J. ELSTER, S. SHUTE Y S. HURLEY
De los derechos humanos

NICOLA MATEUCCI
Organización del poder y libertad

CARLOS MARÍA CÁRCOVA
La opacidad del derecho

ALICIA DURÁN Y JORGE RICHMANN
Genes en el laboratorio y en la fábrica

CARLOS MARÍA CÁRCOVA
La opacidad del derecho

NIKLAS LUHMANN
Complejidad y modernidad

MARÍA ZAMBRANO
Los intelectuales en el drama de España y escritos de la guerra civil

KARL MARX Y FRIEDRICH ENGELS
Escritos sobre España

F. ENGELS, J. MESA, P. IGLESIAS, P. LAFARGUE
Construyendo el futuro. Correspondencia política (1870-1895)

MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ MARTÍNEZ LAGO
Ley de presupuestos y Constitución

Decálogo de la industria de la información*

Matías VALLES

"Y'm Nobody! Who are you?
Are you —Nobody— Too?
Then there's a pair of us?
Don't tell! they'd advertise — you know!
How dreary —to be— Somebody!"**

Emily Dickinson — *Poema 288*

No he elegido estos versos exclusivamente por su simbología paradójica. Una mujer que es nadie, que atesora esa nulidad, y que se extraña de encontrar un alma gemela. Además, una autora que prácticamente no publicó en vida. En el mundo actual todos pugnan por ser alguien, para lamentarse después por los efectos secundarios. No hay escapatoria, porque el descubrimiento de un Nadie virginal sería tan gran noticia que pasaría a engrosar de inmediato la lista de los Alguien (para lamentarse después).

La tesis de esta ponencia es el arrinconamiento, cuando no sacrificio a secas, de los ideales de la prensa libre en aras del beneficio económico y de la industria de la información, indiscernible ya de la industria del espectáculo. Hay un sometimiento a —o colusión con— intereses políticos, televisivos o financieros, proceso que irá in crescendo a expensas del periodismo crítico.

Como argumento de autoridad para esta tesis querría remitirme a las palabras de Eugene L. Roberts, sin duda uno de los popes del periodismo americano. Hoy profesor en la Universidad de Maryland, es sin duda el director de periódico más respetado de Norteamérica, con 17 Pulitzers a lo largo de sus dieciocho años al frente del prestigioso "The Philadelphia Inquirer". Y dice: "La industrialización de la prensa conduce a una erosión de su calidad, integridad y credibilidad". Presento a continuación una propuesta de Tablas de la Ley para la nueva situación:

1. Es absurdo estudiar a los medios de comunicación desconectados de la sociedad. Desgajarlos resulta tan absurdo como efectuar un estudio sociológico en el que se separara a los rubios y a los morenos. La fusión fría es tan perfecta que el nietzscheano "eres lo que te ocurre" se ha transformado en "eres lo que les ocurre a otros". Los medios ya no informan a la sociedad, la conforman, y no digamos cuando se instaure definitivamente la "era Internet" Forman una única estructura, desde la histérica y creciente participación popular radiofónica hasta el "dictum" de Alain Minc, para quien los nuevos poderes son "jueces, periodistas y opinión pública", secuencia coincidente supongo que sólo casualmente con el encabezamiento de estas jornadas. La fusión entre los dos últimos se produjo hace tiempo, y hoy actúan de consuno bajo el control de los índices de audiencia. La "opinión pública" (antes "la masa") es un nuevo fetiche, como lo fuera antaño la clase obrera.

El revuelo armado por el juez de la Audiencia Nacional Ismael Moreno, al introducir a la "opinión pública" en una resolución judicial, cuenta con un precedente olvidado en el auto de prisión contra Javier de la Rosa dictado por el magistrado Aguirre. No me parecen escandalosas estas innovaciones, pero confirman la inmersión de la más refractaria esfera de actuación humana en el ámbito de la opinión pública.

Paradójicamente, esta situación de simbiosis les crea más de un problema a los dueños de los medios. En "El manantial", la genial película de King Vidor en la que Gary Cooper interpreta con su inexpresividad habitual a un trasunto de Frank Lloyd Wright, el dueño de "The Banner" —encarnado por Raymond Massey— replica cuando le impetran que detenga una campaña de su periódico, "¡No puedo! Pertenece a la masa". Hoy, basta corregir en "opinión pública".

2. La Sociedad de la Información ha degenerado (o se ha perfeccionado) en Sociedad del Espectáculo. Cada nueva boda o funeral es tramitada como "la noticia más grande desde la Resurrección" (H. L. Mencken). Por ello, la Industria de la Información —antes prensa libre— se ha coagulado con formatos cinematográficos o de "show" televisivo para convertirse en "Infotainment" —vocablo que amalgama "information" con "entertainment" (espectáculo)— o "industria del espectáculo". Verbigracia: Comparar la huidiza cobertura informativa de la separación matrimonial de los Príncipes de Gales con el éxtasis en torno a los funerales de Lady Di. O analizar la cobertura en periódicos, para la boda de los señores de Urdangarín, exhibicion acrítica de papanatismo monárquico. El despliegue acrítico fue tan desmedido que arruinó las perspectivas de negocio que las prensas de corazón habían calculado en torno al evento. Los diarios pretendidamente serios se habían impuesto por goleada al equipo rosa.

---

* Ponencia expuesta en el seminario sobre periodismo, justicia y sociedad, organizado por la Asociación de Juristas de las Illes Balears, 31 de octubre-1 de noviembre de 1997.

**("¡Soy Nadie! ¿Quién eres tú?/ ¿Eres tu —Nadie— también?/ ¿Quiere eso decir que hay un par de nosotros?/ ¡No lo digas! Ellos lo publicarían — ¡ya sabes!/ ¡Qué horrible —ser— Alguien!").

La instauración de la sociedad del espectáculo no es fruto de un delirio de este ponente. Hace una década, unos avispados intermediarios vendieron las falsas memorias de Adolf Hitler, en un proceso espléndidamente narrado por el hoy novelista Robert Harris en su libro "Selling Hitler". Cuando se descubrió el fiasco —que consiguió burlar a historiadores hasta entonces tan prestigiosos como Sir Hugh Trevor-Roper— ya había comenzado la serialización de los textos en "The Sunday Times" de Murdoch, que se exculpó con la célebre frase "Al fin y al cabo, estamos en el negocio del espectáculo".

Los contratos para la obtención de películas y de fútbol se cifran en el rango de decenas de miles de millones. Difícilmente se podrá exigir que el tratamiento de las secuelas de ese ajetreo sea un instrumento neutro. Una de las repercusiones inmediatas ha sido el entreguismo de la prensa escrita a la televisión. Umberto Eco ya ha denunciado este fenómeno: "No entiendo la pasión y la cobertura excesiva de la TVE en prensa", que el profesor de Bolonia interpreta como sumisión al enemigo.

Resulta paradigmática al respecto la situación de las tres cadenas generalistas norteamericanas. ABC matrimonió con Disney. Aunque de momento los presentadores de los telediarios no han sido obligados a calzarse las orejas de Mickey Mouse, una operación cerrada por el equivalente a tres billones de pesetas suscita por lo menos interrogantes sobre la orientacion futura del conglomerado —que ya en su momento fue brillantemente satirizado por Carlos Fuentes—. Por la misma senda, CBS es propiedad de la Westinghouse, y NBC de la General Electric. En ese clima, no es predecible que haya ataques muy importantes a la industria nuclear, lo cual explica quizás la intensidad y acritud de las campañas antitabaquistas, hasta que RJR Reynolds compre una cadena. En cuanto a la fusión Time Warner CNN, en su propia definición se acumulan todas las contradicciones posibles, y un lector puede preguntarse cómo se resentirán las críticas cinematográficas de Richard Corliss y Richard Schickel. Y qué decir en España de la coyunda Antena 3 / Telefónica.

El tránsito hacia la sociedad del espectáculo conduce a situaciones esperpénticas tan como la presenciada en el programa de Javier Sardá. El conductor de "Crónicas marcianas" entrevista a uno de los acusados de corrupción de menores en El Raval barcelonés. El encausado, en libertad condicional, proclama su inocencia. A la salida se plantea un dilema. ¿Cómo debe despedirle el público? Muy sencillo, con una ovación esplendorosa y jubilosa, como si fuera un actor o un cantante de éxito. El presunto corruptor es inocente por aclamación.

3. "Os asombraré por mi ingratitud". La legendaria frase del no menos mítico Hubert Beuve-Méry fue la réplica a De Gaulle cuando le encargó fundar "Le Monde", que no actúa por supuesto con escisión de información y opinión, sino con una mezcla escorada hacia la segunda. Beuve-Méry simboliza toda una concepción del periodismo que, en boca del mismo personaje, "busca la verdad sin preocuparse de saber si ésta es agradable o útil, honrosa o no para Francia". Esa leyenda ha pasado a mejor vida. La cobertura jurídica a esa postura se halla en el pronunciamiento radical del magistrado del Supremo americano Oliver Wendell Holmes, para quien sólo el "clear and present danger" autoriza a imponer limitaciones a la libertad de información. Para aproximarse a ella, Beuve-Méry hacía gala de su indiferencia con respecto al poder. De ahí su firme resolución de mantenerse al margen de París y de sus salones, para protegerse mejor de ellos. Qué diferente todo de esa mescolanza en tertulias donde conspiran jueces y periodistas, al pairo de un secreto de lo debatido que acaba siendo dinamitado y se plasma en confabulaciones disparatadas. Beuve-Méry no estaba solo en su voluntad aislacionista. Joseph Pulitzer era un periodista amarillo —fundo el término— y de orientación netamente conservadora. Sin embargo, cuando estrenó la agilidad del periodismo moderno desde el "Saint Louis Post-Dispatch", destacó que "no quiero ser el órgano del republicanismo, sino el órgano de la verdad. No voy a dar soporte al Gobierno, sino a criticarlo". Frente a estos manifiestos, el matrimonio anti natura de los medios informativos y los grandes núcleos empresariales, que ha dado lugar a la "Industria de la información", sólo puede tener un desenlace.

A pesar de las evidencias en contra, conviene remachar la importancia de la vigilancia crítica Cuando a la ministra Esperanza Aguirre se le pregunta si "¿Aceptaría pagar menos sin factura?" no atiende a factores éticos en su negativa. Responde, "no, porque al final eso lo acabaría sacando un periodista".

Qué lejos están los tiempos en los que el propietario del "St. Petersburg Times", Eugene Patterson, fue detenido por conducir borracho y ordenó a su periódico que publicara la noticia en primera página.

4. En España, el "caso Conde" demuestra que, en la Industria de la Información, "quien paga manda". Quien dude de esta afirmación, bastará que repase la cobertura informativa de su coronación como doctor "honoris causa", a pocos meses de la intervención de su banco. De hecho, comprar el silencio de la industria mediática fue el objetivo declarado del ex banquero al entrar masivamente en el accionariado de los medios. Es curioso que la lluvia de críticas que cayeron sobre las firmas auditoras, por la escasa fiabilidad de sus revisión de las cuentas de empresas que les pagan, no fueran acompañadas por recriminaciones idénticos contra medios inopes o algo peor en la crisis de Banesto. Y no hablamos aquí de aquellos que luego han sido acusados de escabrosas alianzas con Conde, sino del conjunto de la galaxia informativa. Aun admitiendo la verdad de "el dinero publicitario os hará libres", las cautelas informativas que se imponen en España son siempre a favor de los poderosos.

Los mayores anunciantes son organizaciones perfectas. Ejemplo paradigmático es El Corte Inglés. El reflejo de las posibles incorrecciones, inevitables en una institución de esas dimensiones, tienden a cero en la prensa nacional. Lo mismo ocu-

rre, y con opacidad creciente, con el grueso de la gran Banca. Otra vez, IBM y demás gigantes no tienen tanta suerte con la prensa sajona, caracterizada por una indagación continua. En esta misma línea de condescencia con el poderoso mientras pague, la prensa española ha sido paradójicamente mucho más benévola y cateta que la norteamericana con Microsoft.

James D. Squires, que como director durante ocho años del "Chicago Tribune" obtuvo siete Pulitzers y se ha convertido en uno de los denunciantes de la sociedad actual, destaca que se ha desvanecido la tradicional y productiva división entre Iglesia (Redacción) y Estado (Publicidad): "Aunque todavía se habla de ella de boquilla, ha desaparecido. Hoy en día, la responsabilidad final de los contenidos periodísticos reposa en el ejecutivo empresarial a cargo de la rama industrial, y no en el director. Los directores como yo mismo, dispuestos a cerrar el abismo entre la parte editorial y la comercial, son ahora el modelo en las redacciones del país. Quienes se muestran reticentes no duran demasiado. Aunque justificamos ese desplazamiento diciendo que era necesario para la supervivencia de nuestros periódicos, en realidad estábamos vendiendo la tradicional integridad editorial de la prensa a los intereses mercantiles de sus propietarios empresariales".

5. La convergencia de información, informática, tecnología y espectáculo que caracteriza a la Edad de la Información ha generado un New Establishment, en el que ya no figuran industriales clásicos ni banqueros. Según la revista "Vanity Fair", Bill Gates, Rupert Murdoch, Steven Spielberg o el presidente de Disney ocupan puestos descollantes en este conglomerado. En igualdad de condiciones. En este contexto, asistimos a una concentración de poder sin precedentes, y más peligrosa que los presuntos atropellos derivados de la revolución técnica de las telecomunicaciones. En 1970, había 125 familias propietarias de diarios significativos en todo el mundo. Entre ellas controlaban las grandes cabeceras nacionales y metropolitanas de los países más poderosos. En la actualidad, han disminuido a menos de treinta, y la concentración prosigue.

Puesto que el New Establishment es más poderoso que el entorno político, es difícil saber quién les va a controlar y a denunciar sus excesos. Difícilmente apostarán ellos mismos por efectuar una labor autocrítica, más impensable que la autoincriminación de un delincuente. Ahí radica la gran tragedia actual de los medios. En el caso extremo que vivimos en España, ya no son los periódicos los que comentan la actividad política. La situación ha experimentado un giro copernicano en esta década, de modo que son los políticos quienes se pronuncian cotidianamente sobre una actualidad mediática que siempre se les escapa. Y lo hacen en el sentido previsto, disciplinadamente. Están al servicio de los medios, según se comprueba en cada entrega de la denominada guerra mediática.

"El fin de la inocencia" es un libro del norteamericano Stephen Koch en el que se aborda la biografía de Willi Münzenberg, el hombre que desde las sombras diseñó la infiltración mediática del comunismo entre la "intelligentsia" occidental durante el estalinismo. En el prólogo de François Furet, intelectual aclamado por su sobriedad y celebrado por su revisión de la Revolución Francesa, define al militante del Komintern como un "hombre orquesta de la propaganda soviética". Y propina un mazazo. "En un contexto capitalista, habría llegado a ser un magnate de la prensa".

6. La cláusula de ciencia es tan importante como la cláusula de conciencia. La definición de Goethe —"el espíritu que siempre niega"— es tan aplicable al periodista como la de Juan Luis Cebrián —"un agitador y un provocador", en línea con Dickens—. Las condiciones externas no son muy propicias para el desarrollo de esa personalidad, pero el principal enemigo continúa siendo interior, el de la propia formación y compromiso ético. Callar una verdad no es lo mismo que decir una mentira, y uno de los problemas del periodismo español radica en que en los últimos tiempos se está sobrepasando con demasiada soltura esa barrera. Frente al reaccionario Cela —"el periodista que no este de acuerdo con su empresa, que se cambie a otra"— se yergue el código deontológico francés —"el periodista no se debe a su empresa, sólo a sus lectores"—. Es curioso que éste fuera el sentido de las luminosas sentencias de William Brennan, el magistrado del Tribunal Supremo norteamericano que se retiró en 1990 y siempre mostró un talante liberal. En sus palabras, la prensa no es un derecho de los editores ni de los periodistas, sino del pueblo. En esta misma línea, "el debate sobre los asuntos públicos debe ser desinhibido, abierto y puede incluir ataques vehementes, cáusticos, agudos y desagradables contra el Gobierno y los altos cargos".

Volviendo a Squires, afirma que "los mejores periodistas son individuos escépticos por naturaleza, animados por una saludable falta de respeto por la autoridad, la pomposidad y las clases dominantes (que ahora están integradas por los dueños de sus empresas). Comprenden y aprecian el ideal democrático, según el cual el voto y la voz de un ciudadano son tan importantes como el de otro. Y disponen de un aparato muy bien afinado para detectar dos de las lacras de la cultura empresarial: las gilipolleces y la insinceridad".

La información surge del consenso. Muchas veces se olvida que los diarios no son estructuras monolíticas. Cada eslabón debe ganarse su parcela de libertad frente a los superiores. El mayor obstáculo para la publicación de asuntos candentes no es exterior, sino interior. Baste recordar a tal efecto la lucha que mantuvo Ben Bradlee para llevar a puerto el Watergate, en medio de las amenazas de Nixon a Katharine Graham. O las presiones que recibió Sulzberger para la publicación de los papeles del Pentágono.

El caso de Azorín, que evoluciona desde las cumbres anarquistas de su juventud —en la que llegó a orinarse en el Banco de España como cumbre revolucionaria— hasta la defensa a capa y es-

pada del financiero Juan March Ordinas, sirve para reflexionar también sobre las arbitrariedades y caprichos de la conciencia plena, arbitraria y desestructurada, que de todas maneras sólo pueden permitirse media docena de vacas sagradas. Porque el periodista es un individuo que también manipula y, sobre todo, que puede ser manipulado.

7. Los problemas de contenidos —desatendidos en España al haber sido postergados por la guerra de basura mediática— sólo son comparables a los de continente. Soledad Gallego Díaz: "El periodismo español ha descuidado su principal herramienta, el lenguaje, hasta unos extremos difíciles de encontrar en la prensa británica, francesa o italiana de calidad". Y lo ha hecho, casi hasta el punto de inclinarse hacia una prensa para analfabetos, cuando la calidad de texto es tal vez su única posibilidad de supervivencia. Es una de las consecuencias del sacrificio de los directores, que de piezas clave han pasado a simples peones. Han sido difuminados progresivamente hacia el anonimato. Es un fenómeno internacional, y que afecta especialmente a los profesionales conflictivos. En una cultura empresarial clásica se buscan unanimidades, cuando la gran prensa surge de la disensión. La mediatización de los medios se lo pone difícil a la Françoise Giroud que propuso para "L'Express" el lema "la voluntad de saber, el coraje de decir", o del Bradlee que quería luchar "contra las habitaciones llenas de humo". Las personalidades demiúrgicas están condenadas a la extinción en favor del conformismo.

Produce tristeza comparar los textos que aparecen en nuestras publicaciones punteras con los de cabeceras como "The Economist" o "Time", que inventan incluso un idioma periodístico y no se permiten la divagación sin datos. Son más frescos y crujientes, virtud esta última que Ben Bradlee exigía a cualquier publicación. También es notablemente mayor su respeto hacia el idioma en que se expresan.

Pese a lo dicho, hay que ser cuidadosos a la hora de descalificar a la prensa amarilla o sensacionalista. Es muy probable que los mismos sectores progresistas que apoyan la llegada de Blair al poder en el Reino Unido aboguen ahora por la imposición de cautelas a los tabloides. Conviene recordarles que la victoria laborista no se produce hasta el momento en que Murdoch orienta a "The Sun" a favor del New Labour.

8. Los grandes comunicadores escapan a la ley de la gravedad informativa, con una velocidad directamente proporcional a su fama y sueldo. La nueva especie de empleados que cobran más que sus jefes ha creado un agujero negro en la estructura de la industria. Son capaces de hundir o reflotar un medio con su sola presencia, los únicos dueños de sí mismos del periodismo. Y también pueden conseguir que sus patronos —Antena 3 o Tele 5— renieguen públicamente de su trabajo y tengan que resignarse a incluirlo en su programación. Es el caso de Pepe Navarro, hacia el que se mostró más que crítico Alejandro Echeverría en manifestaciones a "El País" y "Epoca", o el presidente de Antena 3 José María Mas en declaraciones a "El Mundo". Mientras tanto, le concedían el "prime time" a sus travestis. El pelícano sólo fue decapitado por las presiones de un comunicador más poderoso que el, en un duelo de escualos.

En Estados Unidos, el caso paradigmático es David Letterman, cuyos ingresos en la CBS se miden en miles de millones. Su situación privilegiada le permite medirse abiertamente contra la programación de su cadena, ironizar sobre la caída de índices de audiencia, bromear sobre la mala calidad de las cámaras porque son propiedad de Westinghouse, o desafiar al nuevo presidente de la Columbia con una "T-shirt" en la que se lee "te estoy esperando, Michael Jordan", al tiempo que lanza puñetazos al aire.

9. La guerra mediática significa que la portada de un periódico viene encabezada a diario por el mismo titular: "Nosotros tenemos razón". En España, ha lesionado irreversiblemente el crédito de la industria, provoca irrisión, malgasta el capital de honradez acumulado con tanto esfuerzo y acaba haciéndose supremamente aburrido. Supraestructuralmente, aporta espectáculo en un momento —a partir de enero del 97— en que había decaído. Su lema es "hoy me querello contra ti para mañana pactar contigo". La provinciana soberbia local provoca añoranza del escepticismo autocrítico de que hacen gala los medios sajones —véase "The Economist" o "The Financial Times"—.

"The Economist" formulaba en enero del 97 un pronóstico sobre el año entonces incipiente —pronosticando que sería el primero en que todos los países mundiales experimentarían un crecimiento de sus economías—. A la conclusión del análisis se advertía que "seguramente habrá leído alguna vez este vaticinio para verlo después incumplido. Entre otros sitios, en esta revista".

Lo peor de la guerra mediática es que supone un desprecio al lector y un insulto a su inteligencia. Se supone que los clientes de la industria de las noticias van a contemplar impasibles como ese dechado de escepticismo que llamamos periodistas cantan de repente las glorias inmarcesibles de una persona, que sólo casualmente es el dueño del medio donde trabajan. Frente al Beuve-Méry a quien se acusaba de sobreestimar el nivel de sus consumidores, los periódicos españoles parecen a veces pensados para lectores analfabetos —visible últimamente en los absurdos despliegues gráficos—, incapaces de discernir cuándo se está defendiendo una causa democrática o cuándo se están defendiendo simplemente los intereses de la propia empresa. Esta tentación se agrava con las deudas de los periódicos a financieros y grandes anunciantes, o su incursión en aventuras más paramediaticas que multimediáticas, que desbordan sus posibilidades.

Los enfrentamientos ni siquiera son novedosos. Se asemejan a los que se producían hace un siglo entre "peralistas" y "antiperalistas" a cuenta del ingenio submarino de Isaac Peral, finalmente frustra-

do. "El Sol" o "El Imparcial" utilizaban para engrescarse incluso la postura a favor de Lagartijo o de Frascuelo, del mismo modo en que hoy se llega a utilizar al seleccionador Javier Clemente como moneda de cambio ideológico.

10. Los periodistas que se involucran en la guerra mediáticoindustrial entre los industriales de su actividad son unos estúpidos, según ha concluido Manuel Vázquez Montalbán en su "Un polaco en la corte del Rey Juan Carlos", que es precisamente un ejemplo magistral de escepticismo autocrítico. El autor, alineado salarialmente con un grupo y que publica en una editorial de ese ámbito, se niega al inquisidor "¿tú de parte de quién estás?" y se muestra incluso más duro con su patrón que con sus presuntos enemigos. Es una lección de periodismo.

En general, las grandes firmas han sido mucho más tibias y reacias a enfrascarse en la guerra mediática. Se puede contrastar el distanciamiento del citado Montalbán, de Manuel Vicent, Francisco Umbral o Maruja Torres con los alaridos de plumas mucho menos destacadas.

Por otra parte, y como se ha comprobado en España con los exiguos triunfos del PP en el 3-M y el derrumbe posterior del socialismo sin que nadie lo empujara, la utilidad de las campañas de prensa en esta era de incredulidad global resulta muy dudosa. Véase si no el descrédito generalizado de los sondeos de opinión. Como expresaba Furet en el prólogo citado, "la actividad secreta de un agente (del comunismo) sólo alcanzó una verdadera eficacia debido a la sensibilidad preparada de antemano del público".

EPILOGO

Tal vez fuera correcto cerrar el ciclo con los versos de un Premio Nobel. En su último libro, Seamus Heaney destaca:

"¿Qué es mejor, lo que queda o lo que cae?/
(Or does the choice itself create the value?)
¿O es el valor creado por la elección en sí misma?"

En el mundo de la información, la propia elección genera el valor. Ahí nace una fragilidad que ahora mismo está siendo puesta a prueba.

Crónica de una quiebra (carta al Secretariado de JpD)*

Antonio GIMENEZ PERICAS

En Bilbao, a 16 de febrero de 1998.

En el Hospital de Cruces, desde el día 10 de enero, cuando, dieciséis días después, me incorporo al trabajo y caigo en el vórtice de la crisis.

El torbellino ha desarbolado la Sección Territorial de nuestra Asociación en esta Comunidad Autónoma. He capeado el temporal durante una semana. Es hora de decidir y de justificar mi decisión.

I

El artículo, reportaje o lo que sea, que publica el diario "El Mundo" con la cabecera "Magistrados enfrentados" el 9 de enero atribuye, entrecomilladas, a Garbiñe Biurrun declaraciones literalmente arriesgadas injustas e hirientes.

A pesar de que el lector innominado de un periódico tiene mil caras, constituye peligrosa denuncia decir públicamente en este país que "el nacionalismo español está realizando su trabajo a través de la actual dirección de JpD en el País Vasco (...) la propuesta que ha triunfado en JpD es la de que siga todo como está y eso es vulnerar los derechos de los ciudadanos vascos". Esta lapidaria información viene después de las opiniones de la declarante sobre el regreso de Juan Luis Ibarra al País Vasco — "cuando vuelve de su puesto político en Madrid, entra como un elefante en una cacharrería"— a quien sitúa como cabeza, e "instigador" y "aglutinante" de los que según la declarante, rechazamos el vascuence.

Es probable que estas declaraciones sean hoy valioso recorte de prensa sobre la mesa de alguna patriótica y siniestra oficina, como acostumbran a hacer los negociados de la muerte.

Pero el vórtice es el centro del remolino y también del ciclón. Quiero constatar lo evidente: que la crisis comienza a desplegarse quizás en el año 1996 pero se desata a lo largo del año pasado. Yo no voy a desplegar aquí mi particular análisis de la crisis sino, como he enunciado, mi postura particular en la quiebra puntual de la Asociación en el País Vasco, lo que conlleva opinar sobre los acontecimientos inmediatos y sus antecedentes documentados que la jalonan.

II

Las declaraciones de Garbiñe Biurrun en "El Mundo" del 9 de enero de este año tienen su más cortés antecedente en la entrevista que el mismo periodista hizo a Manuel Díaz de Rabago en ese diario (¡qué fijación!) el 5 de diciembre del año pasado.

Comoquiera que los abogados del grupo autodenominado Euskal Herrian Euzkaraz hubieran culminado su campaña rupturista con una querella contra el tribunal que juzgó a un vascoparlante y con un panfleto que comenzaba diciendo que esos tres jueces "se han atrevido sin ningún reparo a juzgar a un euskaldun" (sic.) y terminaba el párrafo, "En este sentido, en un pueblo en el que existen dos idiomas oficiales, el juez que domina uno de ellos es medio analfabeto y no tiene sitio. Que dejen sus puestos. Que se vayan a España" (sic), el periodista de "El Mundo" pregunta a Díaz de Rabago, qué opinión le merece la campaña en defensa del euskera de varios abogados euskaldunes y éste colega responde: "A mí me ha servido de aldabonazo para tomar conciencia de algo que nunca me había planteado: debo saber euskara. Esa campaña, con todos sus inconvenientes y excesos, ha resultado muy positiva".

En otras respuestas a la entrevista, que eso sí, se ajusta a las reglas clásicas del género, el entrevistado traza a su cargo las barreras que diseñan la crisis: "...en el debate hay determinados magistrados que quieren poner una barrera al nacionalismo vasco", (dice) y el motivo más importante para aprender el vascuence será "por razones de la tutela judicial efectiva". De donde se infiere: primero, que mientras va aprendiendo el idioma la dispensa de su tutela judicial puede esperar para hacerse efectiva; y, segundo, que los jueces que no dominan el vascuence incumplen en el País Vasco el mandato constitucional, a pesar del uso de los servicios de traducción con arreglo a la Prevención relativa al euskera, aprobada por Acuerdo del Pleno de la Sala de Gobierno de 17 de Octubre de 1997, (Sala de Gobierno de la que el entrevistado formaba parte). Se vulneraría el derecho a la efectiva tutela judicial si la traducción no fuera íntegra y exacta, según dispone dicha Prevención.

Siempre me he encontrado cercano a aquellos que sostienen que el lenguaje no es simplemente mediador de la realidad sino también la misma realidad. Esta afirmación me lleva dos verificaciones necesarias para seguir explicándome:

1. Que el mundo objetivo es difícilmente representable, por no decir de imposible representación. El mundo objetivo es el mundo de referencia comun en un proceso de entendimiento entre miembros de una comunidad de comunicación. Esta verificación que me sugiere el último Habermas ("El giro programático de Roty" - Isegoria nº 7. 1.997 página 11) viene como anillo al dedo porque lo que ha quebrado en este caso es el proceso de entendimiento, en el seno de la comunidad de comunicación constitui-

* El autor reflexiona sobre la crisis abierta en la Sección Territorial de JpD del País Vasco. Como la lectura del texto pone de manifiesto, la cuestión de fondo tiene evidente calado y trasciende ampliamente el ámbito asociativo, de ahí su publicación. (Nota de la Redacción).

da por la Sección Territorial de JpD. Se han desarrollado dos lenguajes conceptuales que configuran dos realidades contrapuestas.

Y en consecuencia,

2. Una facción rompió la relación de fidelidad entre la realidad y el lenguaje, del siguiente modo:

a) La mayoría de los miembros de JpD en el País Vasco manteniendo no ser ajenos al proceso de normalización lingüística de la Administración de Justicia y expresando su sometimiento a la previsión del artículo 341. 2 L.O.P.J. —el conocimiento del idioma y del Derecho Civil especial o Foral, como mérito preferente...—, niegan que el bilingüismo constituya un requisito de capacidad. Esta posición, que se plasma en el Documento Propuesta con la Memoria adjuntada, fue aprobada por mayoría. Al final del mismo se justifica el criterio de la mayoría que creo necesario transcribir:

"La exigencia de bilingüismo como requisito de capacidad para ejercer la jurisdicción en la Comunidad Autónoma del País Vasco, con dos idiomas oficiales, se enfrenta constitucionalmente con la configuración del propio Poder Judicial, como Poder del Estado, y del principio de unidad jurisdiccional que constituye la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales; en cuanto a la posibilidad de establecer índices de preceptividad incidiría, además, en el principio de inamovilidad.

No creemos, por otra parte, oportuno abrir un debate en el propio seno de la Asociación, que cuestione el actual bloque de constitucionalidad en un aspecto tan relevante como el propio diseño constitucional del Estado".

b) Frente a esta posición expresada por la mayoría en el debate que ha durado más de año y medio, la minoría ha mantenido tenazmente que los jueces y magistrados que ejercen la Jurisdicción en el País Vasco y no conocen el vascuence, de forma que son incapaces de atender en este idioma las demandas de los ciudadanos vascoparlantes, vulneran derechos fundamentales, que desde el de tutela efectiva han transitado al derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas.

No pasaron desapercibidas en los medios judiciales unas declaraciones del señor Arzallus en el mes de noviembre de 1996 referidas a los jueces que no saben vascuence. Según el dirigente nacionalista fueron malentendidas y tuvo la gentileza de puntualizarlas afirmando: "Simplemente dije, no ocupe usted el sitio que pueda usar alguien que sepa euskera" (sic. "El Correo", 27 de noviembre de 1996).

Habrá que esperar al año siguiente para que en la ya referida entrevista que Manuel Díaz de Rabago concede al diario "El Mundo" afirme "Esto es importante porque en el debate hay determinados magistrados que quieren poner una barrera al nacionalismo vasco. Piensan que el euskara es un arma que utilizan los nacionalistas para hacer jueces vascos" (sic. "El Mundo" 5 de diciembre de 1997).

Y sólo un mes después las brujas han sido conjuradas. Garbiñe Biurrun ha identificado a los nacionalistas españoles cuya cabeza visible es Juan Luis Ibarra.

III

De lo que se infiere que la minoría ha roto la comunidad de lenguaje que ya no va a prestar significado a la realidad. Va a ser imposible el proceso de entendimiento entre los miembros de esta pequeña sociedad democrática porque la minoría ha desobjetivado el mundo.

El desplazamiento del estigma nacional-español, ya no como figura dialéctica en el ámbito de proceso de comunicación societario sino como abasto —exactamente en su significado académico de provisión de bastimentos— público, precisamente en un país en el que la dimensión trágica de la vida la protagoniza un nacionalismo extremoso en términos de darwinismo social y delirio asesino, ha trazado un límite de no retorno.

IV

Por esto, pienso, que ante el Acuerdo del Secretariado de 16 de enero de este año, las dimisiones individualizadas, pero de casi todos los miembros de la mayoría, son consecuentes, porque la tibieza del comunicado no procede de la mera explicitación de la defensa de los derechos y libertades universales, de la apelación a la tolerancia y de la incomprensión de la declaración de Garbiñe Biurrun a la prensa. Sino de la aceptación implícita de los presupuestos ideológicos de la minoría.

Como en esta carta me limito a expresar mi criterio, este consiste en que la minoría ha contado con estimables apoyos en el Secretariado, porque, entre la enriquecedora tensión entre las orientaciones universalistas del Estado de Derecho y la Democracia y cierto justicialismo alternativo, todavía militante, éste, seguirá apoyando o justificando —como lo hizo desde la agonía del antiguo régimen— los particularismos nacionalistas.

La causa remota puede consistir en que notables asociados no se resignan a dirigir una Asociación Judicial empeñada en defender y promocionar los valores constitucionales —en este aspecto es primordial el pluralismo— sino que pretenden desplegar sus baterías ideológicas. Como en los tiempos del uso alternativo del derecho. El riesgo consiste en convertirse en metáfora de partido político.

V

De modo que, desde mi punto de vista de asociado, el Secretariado no hizo lo que tenia que hacer en favor de la mayoría vencedora en un debate puntual, sino lo que pudo hacer. Es el inconveniente del común denominador, que ni resta razón a los dimisionarios ni autoriza al Secretariado a recomendarles paternalmente que no traten de monopolizar el sufrimiento y los valores constitucionales ("El País" 7 de febrero de 1998) como si los dimitidos se hubieran inspirado en el slogan turístico: "Ven y Cuéntalo".

No obstante mi acuerdo con las posiciones conceptuales mantenidas por la mayoría y mi solidaridad sin reservas con el gesto de cada uno de los dimisionarios no me empuja a traspasar los límites de lo que en la jerga de los bolcheviques se llamaban las tinieblas exteriores.

Porque la mayoría debió haber sido tenaz y debió haber jugado mejor en campo ajeno en virtud de su propia conciencia de la pluralidad existencial y cultural del País Vasco y de la corrección constitucional de su propuesta. Claro, si es que estaban convencidos —que lo creo— de que el acierto democrático de sus enunciados podía resistir las presiones del entorno inmediato, y las campañas de prensa, ya que la minoría no refutó seriamente la argumentación contenida en la propuesta mayoritaria relativa al bilingüismo.

De modo que, para terminar, en consecuencia de lo escrito me solidarizo con mis compañeros y semejantes ideológicos. Pero antes de que un nuevo desplazamiento de inculpaciones me estigmatice como "nacionalista español" —que con el corazón no me molesta— reafirmo una vez más mi patriotismo constitucional, mis fervores europeos y mi incompatibilidad genética y adquirida con cualquier clase de nacionalismo.

EXTRACTO DEL MANIFIESTO PARA LA CREACION DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN LAS NACIONES UNIDAS.

Para que la Corte Penal Internacional sea un verdadero modelo de justicia, eficacia e imparcialidad, los abajo firmantes

APELAMOS a todos los gobiernos del mundo y a la comunidad internacional para que afiancen la propuesta de la creación de una Corte Penal Internacional permanente. La Corte, actuando con arreglo a las normas internacionalmente reconocidas de justicia y equidad, procesará a los acusados de delitos de genocidio, violaciones del derecho humanitario y crímenes de la humanidad. De esta forma, procurará que se interrumpa el círculo vicioso de impunidad que tan a menudo transforma violaciones esporádicas de derechos en prácticas sistemáticas de abuso.

ESPERAMOS que el actual borrador de Estatuto de la Corte se ajuste con el espíritu que inspiró su creación, para que pueda cumplir con sus tareas institucionales de forma concreta, imparcial y eficaz. Especialmente y adhiriéndonos a las propuestas de Amnistía Internacional, consideramos imprescindible reforzar el Estatuto en los siguientes puntos:

-El fiscal debe estar investido del poder necesario para iniciar, de forma independiente y basándose en información procedente de cualquier fuente fidelígna, investigaciones y procesamientos en cualquier caso de violaciones de los derechos humanos sobre los cuales la Corte tenga jurisdicción, tales como el genocidio y crímenes de lesa humanidad, así como graves infracciones del derecho humanitario.

-El Consejo de Seguridad sólo debe poder presentar situaciones a la Corte para su investigación y procesamiento, no debe seleccionar casos individuales. El Consejo de Seguridad no tendrá ninguna otra función a la hora de determinar si el fiscal puede iniciar un procesamiento en las situaciones en las que el Consejo de Seguridad esté actuando de acuerdo con el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

-La Corte Penal Internacional debe tener el poder para imponer su jurisdicción directa y libremente en caso de que un estado no quiera o no pueda investigar y procesar a los individuos sospechosos de haber cometido violaciones graves de los derechos humanos.

-La Corte Penal Internacional debe garantizar el respeto de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como de todas las salvaguardias contenidas en el Derecho Internacional para la celebración de un juicio justo.

-La corte debe financiarse con cargo al presupuesto general de las Naciones Unidas.

INVITAMOS al Gobierno español y a todos los estados miembros de las Naciones Unidas a afianzar la creación de la Corte Penal Internacional en términos de infraestructura y recursos financieros, adoptando las medidas legislativas nacionales necesarias con el fin de garantizar el adecuado e inmediato funcionamiento de la Corte Penal Internacional.

Firmando:

D. Clemente Auger. Presidente de la Audiencia Nacional. **D. Fernando Alvarez de Miranda.** Abogado **D. José Antonio Martín Pallín.** Magistrado del Tribunal Supremo. **D. Hernando Valencia Villa.** Representante en Europa de la Comision Colombiana de juristas. **D. Manuel Pérez González.** Catedrático de Derecho Internacional Público **D. José Luis Galán Martín.** Abogado. **D. Nicolás Sartorius Alvarez de las Asturias.** Abogado. **D. Carlos Castresana Fernández.** Fiscal Portavóz de la Unión Progresista de Fiscales **D. Fernando Oliván López.** Abogado Coordinador del Aula de Migración, Colegio de Abogados de Madrid **Dª. Rosa Aguilar.** Abogada. **D. Juan María Bandrés.** Abogado Presidente del CEAR. **Dª. Gloria Martín Francisco.** Abogada. Presidenta de la Asociación Libre de Abogados. **D. Xavier O´Callaghan Muñoz.** Magistrado del Tribunal Supremo Catedrático de Derecho Civil. **D. Luis López Guerra.** Vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial **Unión Progresista de Fiscales (U.P.F.). D. Fernando Fernández.** Magistrado Juez Decano Juzgados de Madrid. **D. Juan José Martínez Zato.** Fiscal de Sala del Tribunal Supremo. Jefe de la Inspeccion de la Fiscalía General del Estado. **D. Carlos Jiménez Villarejo.** Fiscal de Sala del Tribunal Supremo. Jefe de la Fiscalia especial Anticorrupcion. **D. José Jlménez Villarejo.** Presidente de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo. **Dª. Manuela Carmena Castrillo.** Vocal del Consejo General del Poder Judicial.

ME ADHIERO AL PRESENTE MANIFIESTO PROPUESTO POR AMNISTIA INTERNACIONAL PARA LA CREACION DE UNA CORTE PENAL INTERNACIONAL, Y DOY MI CONFORMIDAD PARA QUE LOS DATOS QUE A CONTINUACION DETALLO SE INCORPOREN AL TEXTO IMPRESO:

NOMBRE: _____ **PROFESION:** _____

LUGAR DEL DESEMPEÑO DE LA FUNCION O CARGO (EN SU CASO): _____

DNI _____ **FIRMADO:**

Amnistía Internacional
Sección Española

SI ES COLECTIVO O ENTIDAD PUBLICA O PRIVADA, LES ROGAMOS QUE PONGAN EL SELLO OFICIAL

HAREMOS LLEGAR ESTAS ADHESIONES AL PRESIDENTE DEL GOBIERNO, MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y MINISTERIO DEL INTERIOR.

POR FAVOR REMITA ESTE CUPON A: AMNISTIA INTERNACIONAL. CAMPAÑA SOBRE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. C/ DONOSO CORTES, 22. 28015 MADRID. TELF: (91)593 02 23. FAX: (91)594 19 55.

ESTUDIOS

La represión de la delincuencia económica

Gerardo LANDROVE DIAZ

¿Qué es mas criminal, robar un banco o fundarlo?

Bertolt Brecht

I. INTRODUCCION

En mi opinión, el que se pretende presentar ante la ciudadanía española como el Código penal de la democracia es el fruto mediocre de un largo proceso de elaboración no caracterizado precisamente por su ejemplaridad. Quizá el único y dudoso elogio que pueda hacerse del mismo nazca de su comparación con el vetusto texto anterior que, en sus líneas maestras, procedía de 1848.

Sólo a la incuria —primero—, la precipitación —después— y a la satisfacción de alguna vanidad personal —en último término—, repudiables cuando se trata de elaborar una normativa de tanta trascendencia para el colectivo social, cabe achacar que el texto que se aprobó como Código penal de 1995 no fuese, simplemente, el último documento de trabajo a corregir, matizar y reelaborar reflexivamente para, de una vez por todas, alcanzar la redacción del cuerpo legal que en la materia sigue necesitando nuestro país en el umbral del siglo XXI.

Cuando en la paupérrima Exposición de motivos del Código penal vigente se reconoce su imperfección y se insta a la tarea de su perfeccionamiento se está utilizando una fórmula retórica de pretendida modestia que, en definitiva, oculta el más injustificado de los triunfalismos.

Creo, además, que el Código penal español que entró en vigor en mayo de 1996 —y a pesar de la retórica oficial al respecto— resulta escasamente democrático. Invocaré tan sólo algunos supuestos muy significativos: la dudosa solución ofrecida a la problemática de la voluntaria interrupción del embarazo es rigurosamente impresentable; desde la óptica de las libertades individuales en trance tan decisivo, resulta frustrante la regulación de la eutanasia; la hasta ahora inédita criminalización de los pacíficos "okupas" de inmuebles deshabitados claramente reaccionaria y negadora del sitema penal como *ultima ratio*; la represión de los insumisos con una trasnochada muerte civil, decididamente anticonstitucional; torpe, por ciegamente la fórmula ofrecida en el ámbito del narcotráfico; represiva, y, como casi siempre, excesiva la dureza reservada para los hurtos y robos con fuerza en las cosas, propios de los sectores marginales de nuestra población.

Incluso, se mantiene esa pena a la pobreza que se oculta bajo el eufemismo de "responsabilidad personal subsidiaria" por impago de la multa y que —paradójicamente— convierte una sanción pecuniaria en una pena corta de privación de libertad. Sin embargo, y con sorpresa de casi nadie, la *Sentencia de 16 de febrero de 1988* de nuestro Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del viejo arresto sustitutorio, considerando que el mismo no infringe el principio de igualdad y que, además, asegura la sanción de un hecho delictivo. Me permito recordar que, ya en 1979, se proclamó en Italia la inconstitucionalidad de un mecanismo jurídico que discrimina en función de la capacidad economica y endurece la respuesta punitiva para los más desfavorecidos. Es cierto, sin embargo, que el vigente Código español arbitra en el articulo 53 algunas posibilidades correctoras de la dureza de tan primitivo criterio; quizá con la pretensión de acallar la mala conciencia de nuestro legislador.

Por otro lado, resulta profundamente sintomático que se haya evaporado del vigente Código penal el delito de usura. Y en ausencia de cualquier tipo de explicación oficial al respecto, cabe especular sobre las razones últimas de tan tajante despenalización. Es posible que ello se deba a la evidencia de que usura es, fundamentalmente, *lo que hacen los bancos*.

De todas formas, justo es reconocer que tanto el Proyecto de Código penal de 1980 como la Propuesta de Anteproyecto de 1983 si tipificaban la usura en una línea claramente continuista con la normativa entonces vigente; incluso, el primero de los textos prelegislativos aludidos mantenía los viejos delitos relativos a las casas de préstamos sobre prendas, tan criticados —por innecesarios— en la doctrina española. El Proyecto de 1992 ofrecía una nueva regulación bajo el epígrafe "de los préstamos y negocios abusivos" y en el Título de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico.

En la Exposición de motivos del Texto prelegislativo de 1992 se afirmaba que "desaparece el delito de usura y ocupa parcialmente su lugar" el aludido capítulo de los préstamos y negocios abusivos; se ha aceptado —se argumenta— que el precio del dinero es algo que depende del mercado y de las cir-

cunstancias que concurran; decidir qué interés es justo y cuál es reprimible resulta fuera de la realidad, máxime si la operación de préstamo o crédito ha sido plenamente conocida y aceptada; lo que, en cambio, puede y debe combatirse penalmente es el engaño sobre las condiciones reales del crédito, comenzando por la más grave modalidad, cuál es la de determinar a otro a aceptar como recibida una cantidad superior a la real o bien fijar estipulaciones contractuales confusas que ocultan la realidad de las condiciones.

Tanto en el Proyecto de 1994 como en el Texto que se promulgó en 1995 había desaparecido toda referencia a los préstamos usurarios y a los negocios abusivos, reduciéndose —en consecuencia— su relevancia jurídica al ámbito del Derecho privado.

Es posible que la decisión de nuestro legislador responda a una peculiar inteligencia del denominado principio de intervención mínima, en un ámbito que puede proyectarse —por lo nocivo— más allá de los intereses económicos de signo individual. En cualquier caso, la relevancia jurídica de la usura sigue inexorablemente sometida a los pendulares vaivenes que informan su dilatada trayectoria histórica: libertad absoluta, ilicitud exclusivamente civil de los préstamos usurarios o criminalización de los mismos. Este último criterio ha estado vigente en nuestro país desde el Código penal de 1928 hasta, como queda dicho, la promulgación del Texto de 1995.

II. EL PROCESO DE ELABORACION DEL CODIGO PENAL DE 1995 Y LOS DELITOS SOCIOECONOMICOS

Una de las más llamativas novedades del autodenominado Código penal de la democracia española es la configuración que ofrece el Título XIII de su Libro II, bajo la rúbrica "Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico". Se trata así, evidentemente, de obviar las limitaciones de la normativa anterior, poco sensible a la aparición progresiva de ciertas modalidades de patología social en este ámbito. Sin embargo, en su tardía reacción[1], no ha intentado nuestro legislador una distinción sistemática entre delitos patrimoniales y socioeconómicos. Es cierto, como veremos, que la diferenciación no siempre resulta sencilla. Con escaso éxito lo intentó el primero de los textos prelegislativos elaborados con posterioridad a la Constitución de 1978.

Efectivamente, en el Proyecto de 1980 y desgajado de los delitos contra el patrimonio (Título V de su Libro II) se contenía un repertorio de delitos contra el orden socio-económico (Título VIII) con el que se pretendía otorgar, según los redactores de la Exposición de motivos, "carta de naturaleza como objeto de protección penal al orden económico entendido en su sentido amplio, como equivalente a regulación de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, de tan elevada importancia para el desarrollo del país. En esta línea están los delitos económicos y financieros, de los que son notorio ejemplo la letra de cambio vacía y las sociedades de fachada. En el mismo Título se incluyen también figuras delictivas que poseen, más allá de su contenido económico, una evidente significación social, como sucede con el delito urbanístico, cuya creación reclamaba la colectividad".

Al margen de lo discutible del repertorio de tipicidades ubicadas en el Título de referencia (entre otras muchas, las insolvencias punibles, el cheque en descubierto o los juegos ilícitos, por ejemplo), se trataba —al menos— de reconciliar al Derecho penal con la realidad. Por ello, no puede extrañar que muy pronto ciertos poderes fácticos se opusiesen encarnizadamente a una normativa que podía acabar con añejos privilegios de casta. Tales críticas, como escribió en su día Muñoz Conde[2], provenían de los sectores políticos más reaccionarios y económicamente más privilegiados; la posibilidad de que llegase a adecentarse un poco el mundo de las relaciones económicas alarmó a los que lo dominan y manipulan, a los que sólo pretenden el lucro, aunque sea a costa de la especulación, la explotación y el fraude como sistema.

También la fórmula del doble título —uno para los delitos contra el patrimonio y otro para los socioeconómicos— tuvo acceso a la Propuesta de Anteproyecto de 1983, si bien del segundo se erradicaron no pocas tipicidades, lo que redujo notablemente su articulado.

El Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992 fue el primero que optó por la fusión de los dos títulos antes aludidos para ofrecer (arts. 237 y siguientes) uno epigrafiado "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico" y en el que se pretendía incluir uno de los grupos de infracciones de mayor relevancia en nuestro país, tanto cualitativa como cuantitativamente. La Exposición de motivos del texto prelegislativo aludido resulta muy expresiva al respecto: "la separación en Títulos diferentes de los delitos patrimoniales y los delitos económicos no es imprescindible, aunque entre unos y otros haya diferencias de significado. La existencia de una importante zona intermedia o común entre ambos grupos, y la conveniencia técnica de evitar repeticiones de figuras, se unen a la convicción de que la teórica distinción entre lo individualista (patrimonial) y lo comunitario (económico), no es sostenible sin enormes reservas Por ello es comprensible la rúbrica que se propone para un Título único, que de ese modo resulta mas conciso y claro y no genera problemas de interpretación o aplicación".

En la misma línea se mueven el Proyecto de 1994 y el Código penal vigente desde mayo de 1996 Consecuentemente, envía nuestro legislador un mensaje al intérprete: busque usted —al lado de los delitos patrimoniales— las infracciones atentatorias contra un orden económico con trascendencia social. Y ello sin perjuicio de que en otros títulos del propio

[1] Cfr.: K. Tiedemann, *Introduccion* a los *Estudios de Derecho penal económico*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, pág. 12.

[2] Cfr.: F. Muñoz Conde, *La ideología de los delitos contra el orden socio-economico en el Proyecto de Ley organica de Codigo penal*, en *Cuadernos de Política criminal*, 1982, pag 112

¿Se ha preguntado alguna vez por qué a algo tan pequeño lo llamamos Tarjetón?

EL TARJETON BBV

Parece mentira que de una tarjeta tan pequeña se puedan obtener ventajas tan grandes. Verdad. Pues es así.

Por eso la llamamos Tarjetón.

Porque está cargada de grandes ventajas.

Pagando con el Tarjetón BBV usted acumula Puntos Travel Club para viajar y obtener magníficos premios. Así de fácil comprando como siempre usted disfrutará como nunca. Porque tiene a su disposición 11.000.000 de establecimientos en todo el mundo.

Además con el Tarjetón BBV puede obtener dinero en efectivo en miles de cajeros automáticos.

O utilizar el servicio Supercompra BBV. Usted mismo se puede conceder un crédito para aplazar el pago de sus compras hasta en 3 años con una simple llamada telefónica o en los cajeros automáticos BBV.

Estas son solo algunas de las ventajas que hacen grande al Tarjetón BBV pero hay muchas más. Como el Seguro gratuito de accidentes en viajes, la tranquilidad en caso de robo o pérdida, la posibilidad de conseguir anticipos y un largo etcétera que usted conocerá poco a poco.

Así es el Tarjetón BBV.

Algo muy grande.

BBV

BANCO BILBAO VIZCAYA

cuerpo legal se contengan delitos que afectan también a intereses socioeconómicos (malversación de caudales públicos o fraudes y exacciones ilegales) y, sobre todo, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social que con bienes jurídicos pretendidamente autónomos se regulan en el Título XIV.

Al margen de otro tipo de consideraciones, tal peripecia legislativa pone de relieve la dubitativa actitud del legislador que ha optado —finalmente— por eludir los riesgos de una sistemática rigurosa que señalase cuáles de los delitos contenidos en el Título XIII son reconducibles al ámbito estrictamente patrimonial y cuáles al orden socioeconómico[3]; etiqueta legal esta última más imprecisa, incluso, que la de "delitos económicos". Tal renuncia a abordar una clasificación estricta de los distintos delitos en función del bien jurídico afectado obedece, pues, al reconocimiento de las dificultades que ofrece en este ámbito la separación entre los intereses individuales y los colectivos[4]. Consecuentemente, la misma deberá ser abordada por el intérprete al examinar cada modalidad delictiva y sus peculiaridades.

Hoy se inicia el repertorio de conductas descritas y sancionadas en el Título XIII con la referencia al hurto —concebido como la básica infracción patrimonial de apoderamiento— y al que suceden otras infracciones clásicas, nuevas o renovadas; a partir del Capítulo XI se ubican los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, y otros en los que parece más evidente la dimensión socioeconómica.

Entre ambos grupos sólo existe un "tenue ecuador"[5] perfilado, simplemente, por alguna de las disposiciones comunes ubicadas en el Capítulo X. Concretamente, en el artículo 268.1 se ofrece la moderna versión de una vieja excusa absolutoria referida a los delitos patrimoniales contenidos en los capítulos anteriores, como expresa el propio epígrafe del capítulo.

No puede extrañar, en suma, que venga entendiéndose de forma más o menos generalizada que en la propia sistemática legal se encuentra una particular delimitación de la frontera entre los delitos patrimoniales y los socioeconómicos: los tipificados en los Capítulos I al IX pertenecerían al primer grupo; al segundo, los contenidos en los Capítulos XI al XIV. Así, habría que considerar delitos socioeconómicos los relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural, los delitos societarios y la receptación y otras conductas afines.

Sin embargo, tan rígida estructuración legal resulta —al menos— discutible. En efecto, en alguno de los capítulos en que se integran delitos patrimoniales (estafas, apropiación indebida o insolvencias punibles) pueden incluirse hechos con incidencia en intereses socioeconómicos y, por el contrario, en capítulos tipificadores de delitos contra el orden socioeconómico hay algunos (relativos a la propiedad intelectual o la receptación) que ofrecen una estructura de signo esencialmente patrimonial. Incluso, la alteración de precios en concursos y subastas públicas se contiene en un capítulo que el propio legislador considera definidor de infracciones predominantemente patrimoniales, a pesar de su parentesco morfológico con las maquinaciones para alterar el precio de las cosas y los delitos relativos al mercado, es decir, de inequívoca dimensión socioeconómica[6].

Todo ello al margen, por supuesto, de que en Títulos diferentes al XIII se ubiquen tipicidades con proyección socioeconómica. Tal es el caso de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (Título XIV), contra los derechos de los trabajadores (Título XV) y, en no escasa medida, de los delitos contra la ordenación del territorio (Título XVI).

En definitiva, y con las matizaciones aludidas, la falta de concreción del concepto de orden socioeconómico resulta evidente. Lo único claro es que no debe ser entendido, simplemente, como la regulación jurídica de la intervención del Estado en la economía. También, que los delitos socioeconómicos suponen en nuestro Código la lesión de bienes jurídicos supraindividuales relacionados —para utilizar una fórmula convencional— con la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios; aspecto que predomina en las diferentes tipicidades, aunque los comportamientos proscritos puedan afectar, también, a intereses patrimoniales privados. Incluso, ha llegado a decirse que la alusión en la rúbrica del Título de referencia a los delitos socioeconómicos no debe entenderse como una estricta calificación jurídica, definitoria del bien específicamente protegido, sino como una referencia criminológica indicativa del medio en que se producen tales delitos, de las repercusiones supraindividuales de los mismos o del propósito político-criminal que constituye el denominador común último de las concretas figuras delictivas[7].

En cualquier caso, la panorámica en aquellos términos esbozada no debe sorprendernos en demasía. Desde la aparición del denominado Derecho penal económico, para el que ha llegado a reivindicarse autonomía frente al Derecho penal común[8], su estudio viene ocupando un espacio siempre creciente en los ámbitos criminológico y dogmático, sin que se sepa muy bien —como afirma Muñoz Conde— "cuáles son sus contornos y límites, o sus principales elementos definitorios"[9]. Nuestro país no ha sido ajeno a tan intuitivos planteamientos y la incorporación al Código de

[3] Vid. al respecto: A. Robledo Villar, *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Barcelona, 1997, pág. 10.

[4] Cfr.: D. López Garrido y M. García Arán, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, pág. 128.

[5] Cfr.: G. Quintero Olivares, en la obra colectiva *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona, 1996, pág. 1086

[6] Vid al respecto: F Muñoz Conde, *Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos*, en *Revista penal*, nº 1, 1997, pág. 70.

[7] Vid.: J J. González Rus, en la obra colectiva *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, I, Madrid, 1996, pag 554.

[8] En torno al posible tratamiento dogmático autónomo del Derecho penal económico, vid. la pionera aportación de K. Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, I y II, Hamburg, 1976

[9] Cfr.: Muñoz Conde, *Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos*, cit., pag. 67

1995 de los delitos económicos (o contra el orden socioeconómico) ha satisfecho, al menos, una generalizada demanda doctrinal.

La novedad legislativa representada por la delincuencia económica ha generado —y seguirá generando— interrogantes de muy largo alcance. Sin afán de exhaustividad cabe aludir a su anclaje constitucional, para que el desarrollo de este nuevo Derecho penal no acabe socavando los cimientos garantistas de nuestro sistema en aras de la eficacia, la problemática del error en este ámbito para el que algunos reclaman un tratamiento específico, las cuestiones suscitadas respecto de la omisión o la comisión imprudente, la determinación de la responsabilidad criminal en el seno de las personas jurídicas o la específica de estas últimas, las discutibles técnicas de tipificación a veces utilizadas, los riesgos que pueden generar los delitos de peligro, y la necesidad de evitar escandalosas lagunas de punibilidad sin vulneración del fundamental principio de intervención mínima, no siempre escrupulosamente respetado, como ocurre —sobre todo— en el ámbito de los delitos societarios.

III. LOS DELINCUENTES ECONOMICOS

Sin menosprecio —naturalmente— de la trascendencia de muchas de las cuestiones antes aludidas, hay que reconocer que uno de los problemas neurálgicos de la delincuencia económica viene constituido por la búsqueda de las sanciones más adecuadas para la prevención y represión de la misma[10]. Antes, sin embargo, de acometer tan cuestionada y cuestionable empresa se imponen algunas reflexiones esclarecedoras sobre los denominados delincuentes económicos y la relevancia de sus criminales empresas.

Aunque suele identificarse marginación y delincuencia, un sector cuantitativa y cualitativamente importante de la misma tiene por protagonistas a individuos pertenecientes a grupos socioeconómicos privilegiados que nada tienen de marginados. Más aún, las formas más serias de criminalidad, como la corrupción, la contaminación ambiental, la sistemática violación de los derechos humanos o —precisamente— la de tipo económico se encuentran por lo común fuera de las áreas marginales y en manos de las clases media y alta[11].

Así, entre las características que ofrece la denominada desde la pionera aportación de Sutherland "delincuencia de cuello blanco" cabe aludir, por expresivas, a las siguientes:

A) Nos encontramos ante delincuentes de nivel socioeconómico elevado, que participan de un peculiar código moral y una escala de valores en la que prima el éxito económico.

B) Una competente y —con frecuencia— inmoral asesoría jurídica les permite, en el desarrollo de su actividad profesional, bordear la ley o explotar sus limitaciones.

C) La vigencia —al menos en nuestro sistema— del viejo principio *societas delinquere non potest* y la frecuente utilización de personas jurídicas en este ámbito plantea problemas de determinacion de responsabilidades criminales. La más irritante de las impunidades ha aflorado en demasiadas ocasiones.

D) Cierto es que esta delincuencia existe en todas las sociedades, pero resulta más "segura" en los regímenes totalitarios o en las democracias simplemente formales. A veces, incluso, cuenta con la complicidad de la Administración, implicada en los intereses de ciertos grupos económicos y de presión a los que descaradamente favorece.

E) Tal corrupción propicia la impunidad o la utilización, cuando es necesario, de útiles "chivos expiatorios" que impiden que los verdaderos responsables lleguen siquiera a sentarse en el banquillo de los acusados.

F) Finalmente, se produce una insensibilización ciudadana ante esta criminalidad; incluso ha llegado a hablarse de "la delincuencia de la gente honrada". La sociedad —también la nuestra— termina aceptando con fatalismo que el marginado que comete una infracción patrimonial de muy limitada trascendencia pase varios años en un establecimiento penitenciario y que los delincuentes de cuello blanco resulten inalcanzables para la justicia penal. Es el discreto encanto de la *cultura del pelotazo*.

Se trata, pues, de una delincuencia sobre cuyas características ya se había mostrado notablemente intuitivo Jiménez de Asúa hace muchos años. En efecto, escribía don Luis en 1934: antes "el español de presa, ansioso de despojar a otro de su fortuna o de sus ahorros, se echaba al monte, con clásico calañé y trabuco naranjero, escapando de sus perseguidores a lomos de la jaca andaluza. Hoy crea sociedades, desfigura balances, simula desembolsos y suscripciones, y montado en la ignorancia de fiscales y magistrados escapa sobre el cómodo asiento de su automóvil"[12].

Otro aspecto que en modo alguno puede hoy perderse de vista radica en la enorme nocividad social y económica de esta delincuencia, que a veces victimiza a muy amplios colectivos: la pérdida de confianza en el tráfico mercantil, la lesión de la otrora denominada economía nacional, la eliminación de la competencia honesta o el difícilmente soslayable efecto de contagio y las reacciones en cadena (quiebras, despidos masivos de trabajadores, alza del interés por los institutos de crédito, etc.). A lo que cabe añadir su dimensión criminógena, cristalizada —por ejemplo— en falsedades documentales o corrupción. El incremento cuantitativo de este tipo de delincuencia y su reduplicada dañosidad social superan, a todas luces, la problemática ofrecida por la inmensa mayoría de las modalidades delictivas tradicionales. Todo ello otorga una especial relevancia a la búsqueda de los más idóneos mecanismos para combatirla.

---

[10] Cfr., R. de Vicente Martínez, *Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica*, en *Actualidad penal*, 1997-1, pág. 105.

[11] Vid.: G. Landrove Díaz, *Marginación y delincuencia patrimonial*, en *Estudios penales y criminológicos*, VIII, Universidad de Santiago de Compostela, 1985, fundamentalmente págs. 263 y ss.

[12] Cfr.: L. Jiménez de Asúa, en el *Prologo* a la obra de A. Rodríguez Sastre, *El delito financiero*, Madrid, 1934, pag. 4.

Además, la particular gravedad objetiva de esta criminalidad no puede justificar unas sanciones —como las administrativas— cualitativamente menos graves que las penales. Si la delincuencia convencional merece una pena, la más dañina delincuencia de cuello blanco no puede seguir mejor suerte[13]. En efecto, consagrar tal sinrazón supondría poner en peligro la credibilidad e incluso la eficacia intimidatoria del sistema, que descansa en la convicción de su justicia.

IV. LA CRIMINALIDAD ECONOMICA Y SUS CONSECUENCIAS JURIDICAS

Como es sabido, la problemática penológica planteada por la delincuencia económica ha cobrado un cierto impulso en los últimos tiempos pero no es un fenómeno de reciente aparición. Incluso a nivel internacional hace ya bastantes años que, con desigual fortuna, se ha tratado de ofrecer pautas legislativas al respecto. Por ejemplo en el V Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en Bruselas, en 1958.

Más recientemente, la Recomendación 81) 12 del Consejo de Europa, adoptada en junio de 1981, realizó en la materia las siguientes —y lacónicas— sugerencias:

1) Hacer el uso apropiado, y en los casos más graves, de penas privativas de libertad respecto de los delincuentes económicos.

2) Tomar las medidas necesarias para que las penas pecuniarias se adapten a la situación financiera de los delincuentes económicos y a la gravedad de las infracciones cometidas; además, arbitrar los mecanismos necesarios en evitación de que un tercero termine pagando las multas impuestas.

3) Introducir inhabilitaciones profesionales con la naturaleza de penas principales y, en determinados casos, prever el resarcimiento de las víctimas como sanción penal.

En cualquier caso, la ya denunciada complejidad de la delincuencia económica determina una difícil adaptación a la misma del viejo arsenal punitivo. Una vez más, la patología social ha sorprendido al Derecho, con incuestionable merma de su eficacia. Sin embargo, las respuestas elaboradas por la doctrina distan mucho de ser coincidentes: para algunos, bastaría con la aplicación de las respuestas sancionadoras tradicionales vigentes en el ámbito de la paralela delincuencia patrimonial, a pesar de que las mismas nacieron para afrontar responsabilidades criminales de claro matiz individual; otros, por el contrario, preconizan la elaboración de un sistema sancionador diferenciado, con respuestas nuevas para una criminalidad de perfiles inéditos en otros momentos históricos. Todo ello sin perder de vista que el Derecho penal —como casi siempre— llega tarde y llega mal. Es posible que la respuesta represiva no pueda ni deba ser obviada, pero la política criminal tiene que ser acompañada de medidas de política social, a veces de muy superior eficacia.

El generalizado debate sobre las sanciones más idóneas en la materia gira —fundamentalmente— en torno a las penas privativas de libertad, las pecuniarias, inhabilitaciones, clausura de la empresa o publicación de las sentencias condenatorias. Sin olvidar, naturalmente, que las distintas opciones político-criminales prestan una especial y justificada atención a la problemática suscitada por la frecuencia con que al servicio de ciertas empresas criminales se utilizan personas jurídicas. Cuestiones todas que, en mayor o menor medida, se reflejan en el repertorio de delitos contra el orden socioeconómico contenido en el Código penal español de 1995.

No creo, empero, que haya demasiado espacio para la esperanza. Quizá tales normas incriminadoras no lleguen a cumplir más que una función meramente simbólica. Han accedido al Código en representación de determinados valores y respondiendo a una exigencia política de actuar que se le ha presentado al Estado, pero su vigencia real no se hará efectiva si no se alcanzan, al mismo tiempo, las condiciones necesarias para su aplicación y ejecución; de lo contrario, se verán frustradas las más modestas expectativas preventivo-generales.

El Derecho penal es sólo un mecanismo de control social fuertemente formalizado que debe ir acompañado de muchas otras cosas vinculadas a la ética ciudadana. Por ejemplo, que los más jóvenes repudien este tipo de delincuencia de los poderosos y no aspiren a convertirse el día de mañana en exitosos delincuentes de cuello blanco, o que algunos de nuestros jueces abandonen su genuflexa actitud ante el poder político o económico.

V. LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

La privación de libertad sigue siendo la gran protagonista de la justicia penal. Suele decirse —creo que con razón— que puede ser abierto nuestro Código por cualquiera de sus páginas en la seguridad de encontrar allí una sanción de esta naturaleza. Incluso, se profetiza que la espina dorsal del sistema de penas seguirá siendo en el futuro, nos guste o no, la pena privativa de libertad. Y todo ello a pesar del descrédito creciente de la misma.

En materia de delincuencia económica, y en tantas otras, el legislador español de 1995 no se ha mostrado precisamente imaginativo. Retoma la vieja farmacopea punitiva y recurre fundamentalmente a la prisión. Eso sí, ligada con cierta frecuencia a las multas, como se verá más adelante.

Por ejemplo, la receptación descrita en el artículo 298.1 se castiga con prisión de seis meses a dos años; una privación de libertad de idéntica magnitud o multa de seis a veinticuatro meses se prevén, alternativamente, para quienes con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzcan, plagien, distribuyan o comuniquen públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, sin la

[13] Cfr.: A. García Pablos, *Criminalidad económico-financiera y de "cuello blanco" ("White-collar crime")*, en *Problemas actuales de la Criminología*, Madrid, 1984, pág. 198

autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios (art. 270); otras veces a la prisión de seis meses a dos años se acumula la multa, caso de los delitos relativos a la propiedad industrial contenidos en los artículos 273.1 y 274.1; también en composición con una multa se establece la prisión de uno a tres años para el delito societario del artículo 290, párrafo 1º, y de uno a cinco en el artículo 281.1 relativo al mercado y a los consumidores; prisión de uno a cuatro años, multa e inhabilitación especial es la compleja respuesta sancionadora prevista en el artículo 271 para cierta modalidad agravada de delito contra la propiedad intelectual.

Habida cuenta la pretensión —por lo menos teórica— que se dice informa todo el Código penal vigente, de reducir al mínimo el recurso a la pena de prisión, ha causado una cierta sorpresa la evidencia de que en materia económica sólo se utilice el arresto de fin de semana en el artículo 289 —y como alternativo de una multa de cuatro a dieciséis meses—, tipificador de la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural.

En cualquier caso, resulta profundamente sintomática la comparación de las penas previstas para los delincuentes económicos con el marco penal que se reserva para los delitos de hurto o de robo con fuerza en las cosas, infracciones patrimoniales clásicas —propias de los sectores marginados de la población— que, además, son de muy difícil aparición en su modalidad básica, habida cuenta el notable repertorio de agravaciones contenidas en los artículos 235 y 241 del propio Código penal.

La opción político-criminal que se ha impuesto resulta, pues, evidente: la privación de libertad, a pesar de la profunda crisis que hoy se atribuye a este tipo de sanciones, pero que suelen reivindicarse como especialmente indicadas para el Derecho penal económico.

Sobradamente conocidos resultan los argumentos doctrinales esgrimidos desde hace ya muchos años al respecto: sobre todo, la inteligencia de que la única pena que realmente temen los delincuentes económicos es la prisión, aún de corta duración. Eficacia intimidante que no puede ser ignorada ni excluida por la persecución de otras finalidades que se atribuyen a la privación de libertad.

No puede extrañar, en consecuencia, que haya ido arraigando progresivamente la idea de su utilización en este ámbito específico, habida cuenta el reduplicado respeto que por el submundo carcelario experimentan los delincuentes económicos, aunque sólo sea por la privilegiada existencia de que disfrutan en libertad. Todo ello puede resumirse en la conocida y tantas veces repetida afirmación del gran especialista Tiedemann: no se trata de resocializarlos, sino de intimidarlos[14].

De todas formas, no se pretende castigar en todo caso este tipo de delincuencia con una privación de libertad, prescindiendo de la relevancia y trascendencia de los hechos. No es realista —se subraya— la alternativa de elegir entre una pena de esta naturaleza y otra, por ejemplo, pecuniaria. Tan elemental planteamiento olvida que la respuesta jurídica ha de ser, en todo caso, adecuada a la propia infracción[15]. Así, en ocasiones procederá la privación de libertad y, en otras, una pena distinta.

Incluso, y en la línea antes apuntada, goza de gran predicamento desde hace muchos años la pretensión de que en estos casos las penas privativas de libertad impuestas no puedan ser suspendidas en su ejecución; si hay algún delito para el que no está indicada la condena condicional —ha llegado a decirse— es precisamente el delito económico[16].

De la copiosa literatura especializada que se ha venido planteando la problemática de la idoneidad, o no, de las penas de privación de libertad en materia de delincuencia económica, puede deducirse la existencia de dos tendencias perfectamente diferenciadas:

1) En primer término, la que se suma a la generalizada crítica de las penas privativas de libertad en su conjunto, pero sobre todo de las cortas por su carácter criminógeno y limitados o inexistentes efectos resocializadores, y sin embargo se admiten para los delincuentes de cuello blanco, aunque sean cortas o, al menos, no demasiado largas.

2) En segundo lugar, la que acepta con resignación más o menos confesada el recurso con caracter genérico a la privación de libertad como pena y, sin embargo, la considera especialmente inidónea en el ámbito examinado.

Más recientemente se ha matizado el radicalismo de otros tiempos, en los siguientes términos: las penas cortas de prisión pueden resultar eficaces respecto determinados delitos que se cometen por sujetos socialmente integrados, para quienes la prisión siempre produce un efecto intimidatorio y, además, no se encuentran sometidos a los riesgos desocializadores por contar con mayores posibilidades de reintegración social; tal criterio, en cualquier caso, no debe ser exclusivo de la delincuencia económica, sino que ha de aplicarse con carácter general a todo tipo de delitos que así lo aconsejen[17]. Afirmación esta última con la que, obviamente, trata de evitarse la vulneración del fundamental principio de igualdad.

Se apunta, en suma, a criterios preventivo-generales o intimidatorios, incluso retributivos, más o menos solapadamente. Y, sin embargo, uno de los mitos de nuestro tiempo es —por el contrario— el de la resocialización. Que las penas privativas de libertad están "orientadas" o tienen "como fin primordial" la reeducación y la reinserción social de quienes las sufren son otras tantas afirmaciones contenidas en nuestra Constitución y, también, en la Ley Orgánica General Penitenciaria. De todas formas, ello no implica que deban afrontar únicamente

[14] Cfr.: K. Tiedemann, *La criminalidad económica como objeto de investigación*, en *Cuadernos de Política criminal*, 1983, pág. 179.

[15] Vid.: García-Pablos, *Criminalidad económico-financiera y de "cuello blanco" ("White-collar crime")*, cit., fundamentalmente pág. 197.

[16] Cfr.: M Bajo Fernández, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, pág. 84.

[17] Vid.: De Vicente Martínez, *Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica*, cit., pág 116.

aquella finalidad; ni las penas privativas de libertad, ni las penas en general. Como ha reconocido la *Sentencia 150 de 4 de julio de 1991* del Tribunal Constitucional, se trata de un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad, pero no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las mismas.

Por otro lado, cabe en la materia apuntar, al menos, algunos interrogantes de muy largo alcance y que giran en torno a la capacidad resocializadora de las penas privativas de libertad —singularmente de las cumplidas en cárceles españolas—, la necesidad de resocialización de los delincuentes de cuello blanco y, en último término, qué cabe entender por resocialización. Cuestiones todas que, obviamente, trascienden la problemática ahora suscitada.

Se trata, pues, de un debate todavía no cerrado y, tampoco, circunscrito a la esfera de la delincuencia económica, aunque en ésta constituya una prioritaria preocupación. De todas formas, y al margen de la escasa simpatía que siento por la pena de privación de libertad, hay que reconocer el no desdeñable valor simbólico —y de higiene social— que cabe atribuir al ingreso en un centro penitenciario del prepotente delincuente de cuello blanco que, por ejemplo, haya sido solemnemente investido doctor *honoris causa* por un claustro universitario algunos meses antes. No debe, empero, cundir la alarma entre los más beneficiados por la injusticia; no es una práctica habitual en nuestro país.

Es cierto, naturalmente, que no debe cederse con facilidad a la tentación de pretender resolver las desigualdades sociales en el ámbito del Derecho penal, con la argumentación de que si a los marginados y sus delitos se aplican generalmente penas privativas de libertad, lo mismo ha de hacerse con los delincuentes de cuello blanco, ya que si junto a los más desasistidos económicamente enviamos también a prisión a los poderosos no sólo no resolveremos acuciantes problemas sociales, sino que aseguraremos que la prisión —lejos de desaparecer— se mantendrá como pena hegemónica también en el futuro[18]. No creo, sin embargo, que la solución resida en el exclusivo mantenimiento de las penas de esta naturaleza para la delincuencia propia de los sectores marginados de la población. Habrá que buscar soluciones más respetuosas con el principio de igualdad y, por ello, más justas.

VI. LA MULTA

En principio, son las pecuniarias una categoría de penas especialmente adecuadas para la delincuencia económica. Así parece haberlo entendido nuestro legislador que, con frecuencia, recurre a la multa en este ámbito y casi siempre vinculándola a la pena privativa de libertad. Efectivamente, tal composición punitiva —ya utilizada profusamente en el Código anterior— se contiene, por ejemplo, en el artículo 283: prisión de seis meses a un año y multa de seis a dieciocho meses para los que, en perjuicio del consumidor, facturen cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos, mediante la alteración o manipulación de éstos. También, en el delito societario descrito en el artículo 290 se prevén las penas de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Incluso, a la pena pecuniaria y a la prisión se añade en alguna oportunidad la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido; supuesto contemplado en la modalidad agravada de atentado contra la propiedad industrial del artículo 276.1.

Otras veces, a la prisión no se anuda una novedosa fórmula de días-multa, sino la añeja multa proporcional[19]. Tal es el caso del artículo 301.1 que para el blanqueo de bienes establece, además de la pena privativa de libertad de seis meses a seis años, una multa del tanto al triplo del valor de los bienes allí aludidos, es decir, blanqueados; entidad de la multa que, sorprendentemente, se mantiene respecto de la modalidad imprudente del propio artículo 301 en su apartado 3, con clara vulneración de la más elemental proporcionalidad punitiva.

En ocasiones, a la pena de prisión acompaña una multa del tanto al triplo —exclusivamente— del beneficio obtenido o favorecido, caso de la modalidad básica de abuso en el mercado de información privilegiada (art. 285).

Otras composiciones sancionadoras optan por la imposición no acumulativa, sino alternativa, de la prisión y la multa. Tal es la fórmula utilizada, por ejemplo, en los artículos 291 y 296: diferente privación de libertad en ambos casos o multa —idéntica en los dos supuestos— del tanto al triplo del beneficio ilícitamente obtenido.

Menos frecuente es la previsión en este ámbito de una sanción pecuniaria como alternativa de la privativa de libertad constitutiva de arresto de fin de semana. Así, el artículo 289 establece para el que por cualquier medio destruyere, inutilizare o dañare una cosa propia de utilidad social o cultural, o de cualquier modo la sustrajere al cumplimiento de los deberes legales impuestos en interés de la comunidad, la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de cuatro a dieciséis meses.

Por último, se precisa exclusivamente una pena de multa —en este caso de seis a doce meses— para los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad, constituida o en formación, que obstaculizaren a los socios el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las leyes (art. 293).

En aquellos términos se evidencia la muy frecuente utilización en nuestro Código de la pena de

[18] Vid.: B. Mapelli Caffarena, *Las consecuencias accesorias en el nuevo Código penal*, en *Revista penal*, nº 1, 1997, pág. 44 y s.

[19] Cfr.: C. Martínez-Buján Pérez, *La regulación de la pena de multa en el Código penal español de 1995*, en *Estudios penales y criminológicos*, XX, Universidad de Santiago de Compostela, 1997, pág. 250.

multa (proporcional o en régimen de días-multa) para combatir la delincuencia económica; en cualquier caso, con una magnitud desconocida en sede de delincuencia convencional. Sin embargo, bajo una u otra fisonomía su ejecución resulta siempre problemática, para utilizar un eufemismo. Quizá quienes defienden la idoneidad de este tipo de sanciones al respecto escriban en países en los que —efectivamente— las multas se pagan.

También se refleja en este sector de nuestro Derecho positivo la generalizada tendencia a utilizar multas proporcionales. Establecidas, como precisa genéricamente el artículo 52 del Texto penal, en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo y cuya cuantía debe determinarse, principalmente, en función de la situación económica del culpable. Esta inteligencia de la multa como una especie de pena indeterminada en escala abierta hacia arriba comporta el riesgo evidente de menoscabar el principio de proporcionalidad al proponerse la despatrimonialización de los responsables; lo que, por otro lado, tampoco puede constituir la meta de un Derecho penal pretendidamente resocializador, sino de otro inspirado exclusivamente en las ideas de inocuización profesional[20].

No es nueva, sin embargo, una más ambiciosa crítica a la idoneidad de las penas de multa —en su conjunto— para afrontar con éxito a la delincuencia económica. Como ha esquematizado García-Pablos, la multa lejos de operar como sanción intimidatoria y eficaz se presta, en el mundo de las grandes finanzas y de las compañías omnipotentes, a toda clase de fraudes y manipulaciones; no sólo porque el delincuente de cuello blanco, previsor y pragmático, ya cuenta de antemano con ella —como integrante del coste del bien o servicio— consignándola en el pasivo exigible, sino también porque puede repercutir su importe en el precio final que pagará, sin saberlo, el consumidor y convirtiéndose en una carga injusta para los inocentes[21].

Además, y como queda dicho, si la cuantía de la multa es de escasa entidad no resulta disuasoria y puede preverse entre los riesgos empresariales, pero si se quiere preservar su efecto intimidante imponiéndola en cifras extraordinariamente altas puede destruir la propia empresa y, por ello, generar colaterales problemas de desempleo.

Alguna de las críticas de referencia ha sido minimizada por Tiedemann, en la inteligencia de que el argumento de que los empresarios calcularían los precios futuros de sus mercancías y servicios a partir de las multas pagadas, transfiriéndolas así a los consumidores, no tiene en cuenta el propio mecanismo de los mercados, que con frecuencia no admiten tales aumentos arbitrarios de los precios, aunque —concluye reconociendo— en ocasiones sí se produzcan[22].

En cualquier caso, el debate permanece abierto; incluso reactivado desde la entrada en vigor del Código español de 1995. En ocasiones se critica el empleo, en el ámbito de la criminalidad económica, de la multa en una función secundaria como es la de agravar la pena privativa de libertad y se entiende que hubiese sido más interesante "su uso como alternativa de la misma"[23]. Otras veces, por el contrario, se estima que las características criminológicas de los autores y las propias de sus comportamientos lesivos aconsejan que las sanciones no queden limitadas a las pecuniarias, imponiéndose el recurso —en ciertos casos— a las privativas de libertad[24].

De todas formas, y al margen de la mayor o menor simpatía con que se contemple el mantenimiento de las penas pecuniarias en este ámbito, hay que reconocer que el sistema escandinavo de los días-multa ofrece evidentes ventajas respecto —también— del Derecho penal económico. Al basarse en el principio de igualdad en el sacrificio, sirve para adecuar más matizadamente su cuantía a los beneficios obtenidos con la infracción y al, con frecuencia, alto nivel de vida del infractor.

VII. LA INHABILITACION PROFESIONAL

El arsenal punitivo previsto para combatir a la delincuencia económica no se reduce a la privación de libertad y a la multa. También resulta aplicable, entre otras, la pena que inhabilita para un determinado ejercicio profesional.

La inhabilitación profesional, como pena accesoria de la privativa de libertad y —sobre todo— como principal se considera un medio racional y adecuado para excluir de la actividad económica a quienes se incorporan a la misma con una finalidad delictiva. Obviamente, debe tratarse de una inhabilitación para el ejercicio de la profesión, oficio, industria o comercio que guarden relación con el delito cometido.

Hoy —y por razones obvias— se encuentra generalizada la aceptación doctrinal de este tipo de sanciones en el ámbito de la delincuencia económica, lo que se traduce en una copiosa incorporación de las mismas a las más modernas legislaciones. A su difusión han contribuido, como ya antes puse de relieve, las reiteradas recomendaciones de organismos internacionales. Lo único que en cierta medida se cuestiona es su carácter temporal o definitivo, aunque este último se defiende —tan sólo— para los supuestos de multirreincidencia.

Tal inhabilitación para la profesión, industria o comercio que haya tenido relación con el delito cometido ofrece más ventajas que inconvenientes. Entre estos últimos cabe mencionar la posible incorporación de "hombres de paja", verdaderos sufridores de pena, a la nómina de las empresas para burlar las previsiones punitivas; lo que ya ha ocurrido muchas veces en nuestro país, sobre todo en

[20] Vid.: Mapelli Caffarena, *Las consecuencias accesorias en el nuevo Código penal*, cit., pág. 43 y s.

[21] Cfr.: García-Pablos, *Criminalidad económico-financiera y de "cuello blanco" ("White-collar crime")*, cit., pág. 202.

[22] Cfr.: K. Tiedemann, *Poder económico y delito*, Barcelona, 1985, pág. 169 y s.

[23] Cfr.. Mapelli Caffarena, *Las consecuencias accesorias en el nuevo Código penal*, cit., pág. 45.

[24] Cfr.: De Vicente Martínez, *Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica*, cit., pag 117 y s

otros momentos históricos en el ámbito de la denominada delincuencia de prensa[25].

Bien entendido, como ya ha sido puesto de relieve[26], que la inhabilitación estará condenada al fracaso si se priva al sujeto únicamente del ejercicio de la concreta profesión formal de la que se valió para su actividad delictiva; para ser operativa debe comprender no sólo el ejercicio de funciones propias de la profesión como tal, sino también la prohibición de acceso a profesiones que —no obstante ser formalmente distintas— impliquen realmente el ejercicio de funciones de dominio sobre la vulnerabilidad del mismo bien jurídico.

De todas formas entre los que nuestro legislador califica de delitos contra el orden socioeconómico la inhabilitación profesional —como pena principal— no se prodiga. Acumulada a la de prisión y multa, sí se prevé —por ejemplo— en el artículo 271: inhabilitación especial por un período de dos a cinco años para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito contra la propiedad intelectual cometido, cuando el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica o el daño causado revista especial gravedad. Además, entre los delitos relativos a la propiedad industrial (art. 276.1) cuando los hechos revistan especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados. También en el Capítulo de la receptación y otras conductas afines; unas veces con carácter facultativo (art. 298.2) y, otras, preceptivo (art. 302). Sin embargo, la inhabilitación está ausente en otras tipicidades, como los delitos relativos al mercado o los societarios, en los que incide de forma destacada la cualidad profesional de los responsables.

Ello no obstante, la inhabilitación profesional resultará aplicable como pena accesoria de las de prisión de hasta diez años (arts. 54 y 56) y, además, de imposición obligatoria; lo que encaja plenamente con las características de la delincuencia examinada.

VIII. LA PUBLICACION DE LA SENTENCIA CONDENATORIA

Con la publicación de la sentencia condenatoria en los periódicos oficiales o cualquier otro medio informativo —a costa, naturalmente, del condenado— se trata de afectar a la estimación social del delincuente económico y de restringir su futura capacidad criminal. Su notable efecto intimidante le hace gozar del beneplácito de amplios sectores científicos.

Con reflejo —como veremos— en nuestro Derecho positivo se ha expresado al respecto la conveniencia de que, para ser realmente eficaz, la publicación habrá de hacerse no sólo en los periódicos oficiales, sino también en alguno de los de mayor tirada del lugar donde el delincuente o la empresa tengan su sede o realicen una parte esencial de sus actividades[27]. Sólo así se verá afectada la aparente honorabilidad de aquellos que bien poco hacen por merecerla y, además, se protegerá mejor a sus eventuales víctimas.

En el Código español vigente tal publicación, en los periódicos oficiales o no, se prevé respecto de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores. En efecto, la primera de las disposiciones comunes contenidas en el artículo 288 y referida a las infracciones aludidas precisa que "se dispondrá" la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el juez o tribunal podrá ordenar —además— su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado; en el segundo de los supuestos aludidos podrá o no ordenarse la reproducción de la sentencia, pero tal potestad queda vedada al órgano judicial si no media —precisamente— solicitud del perjudicado.

Tal previsión normativa, de carácter imperativo en su primer inciso y, por ello, no eludible por el juzgador se encuentra en flagrante desarmonía con alguna de las reglas específicas de los delitos a que se refiere. En concreto y en los casos de sentencia condenatoria por delitos contra la propiedad intelectual (art. 272.2) se consigna con carácter simplemente facultativo: el juez o tribunal "podrá decretar" la publicación de aquélla, a costa del infractor, en un periódico oficial. Incongruencia legislativa que ya ha sido reiteradamente denunciada por la doctrina española y que pone de relieve, una vez más, la incuria de los redactores de nuestro Código.

Naturalmente, la incongruencia aludida no debe plantear problemas de cierta entidad; el tajante imperativo del artículo 288 debe primar sobre la mera facultad ubicada en el artículo 272.2. También en los delitos contra la `propiedad intelectual la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales será una sanción obligatoria para su autor[28].

La actual desarmonía entre los preceptos invocados resulta impresentable pero tiene una explicación, que no justificación: la inclusión de los delitos contra la propiedad intelectual en el Capítulo XI del Título XIII se produjo en el último momento del azaroso proceso legislativo —ya que en el Proyecto de 1994 se ubicaban en el Capítulo VI, referido a las defraudaciones y con la publicación de la sentencia específicamente incorporada— sin que el legislador se percatase de que en la Sección 4ª ya existía una disposición común reguladora de esta materia y que ahora abarca, naturalmente, a todos los delitos contemplados en el Capítulo XI, incluidos —por decisión del propio legislador— los relativos a la propiedad intelectual.

[25] Cfr.: G. Landrove Díaz, *La reforma de los delitos contra el honor, en Estudios penales y criminológicos*, XVI, Universidad de Santiago de Compostela, 1993, pág. 272.

[26] Vid.: P. Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, Valencia, 1996, pág. 315.

[27] Vid.: F. Bueno Arús, *Las sanciones penales en los delitos contra los consumidores*, en *Nuevas formas de delincuencia*, nº especial IX de *Poder judicial*, 1989, pág. 308.

[28] Vid. por todos: C. Martínez-Buján Pérez, en la obra colectiva *Comentarios al Código penal de 1995*, II, Valencia, 1996, pág. 1399

IX. EL COMISO

La vieja pena pecuniaria de comiso (hoy consecuencia accesoria) prevista con carácter genérico en el artículo 127 del Código penal puede resultar especialmente útil en materia económica, porque dejar en manos del infractor el ilícito beneficio sería una forma de incentivar la comisión de unos delitos caracterizados por un inmoderado ánimo de lucro en sus autores; en la actualidad, toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con que se haya ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

Dos novedades, sobre todo, ofrece la actual fisonomía del comiso: en primer lugar, la pérdida de los efectos e instrumentos se arbitra, exclusivamente, en los supuestos de infracciones dolosas, lo que restringe razonablemente su ámbito de aplicación; en segundo término, y satisfaciendo una añeja aspiración de nuestra doctrina, se recoge con carácter general el comiso *de provecho*. Se abarca, pues, cualquier ventaja patrimonial obtenida a través de la conducta criminal, incidiéndose con ello sobre las posibles maniobras financieras, económicas, industriales o contables que el delincuente haya emprendido para evitar el rastreo de las ganancias ilícitamente obtenidas; actividades todas que suelen denominarse, eufemísticamente, "ingeniería financiera". Naturalmente, el cálculo de los beneficios ilícitos realmente obtenidos no siempre será una empresa fácil.

Tal comiso de ganancias, orientado a la neutralización de la situación patrimonial ilícita generada por el delito, tiene una naturaleza más afín a las medidas propias del Derecho civil que a las estrictamente jurídico-penales, aunque su presupuesto es una conducta delictiva, ya que trata de impedir un enriquecimiento sin causa; más concretamente, el enriquecimiento injusto[29].

En los supuestos de delitos económicos cometidos, con cierta frecuencia, en beneficio de una empresa los sujetos criminalmente responsables serán las personas físicas que actúan como órganos o representantes de aquélla, si bien los beneficios derivados de la infracción tienen, muchas veces, como destinataria a la propia persona jurídica.

También en el ámbito de la delincuencia económica, y más concretamente de los delitos relativos a la propiedad intelectual, la especial trascendencia de este beneficio ilícitamente obtenido justifica —además— la específica agravación contemplada en el artículo 271 a).

X. LA PRIVACION DEL DERECHO A RESIDIR EN DETERMINADOS LUGARES

Como precisa el artículo 57 de nuestro Código penal, los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio "y el orden socioeconomico", atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que haya cometido el delito, o acuda a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el juzgador señale, según las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de cinco años; inciso este último que introduce una limitación temporal máxima, frente a la indeterminación de la normativa anterior.

Se trata, pues, de una restricción facultativa de la libertad ambulatoria —del derecho a circular por el territorio nacional— constitucionalmente proclamada y que, en esencia, reproduce el contenido de la ya desaparecida pena de destierro[30]. Además, se configura como una peculiar pena accesoria ya que no lo es de otra principal, sino exclusivamente de los delitos antes aludidos.

Ello sentado, lo que ahora me interesa destacar es que los delitos invocados en el artículo 57 ofrecen —con carácter general— la característica de afectar a bienes jurídicos personalísimos y no colectivos; salvo, precisamente, los delitos contra el orden socioeconómico y —por otras razones— la mayoría de los patrimoniales (excepto las modalidades violentas o intimidatorias). De ahí las razonables críticas que ya se han formulado a una solución legislativa que, también en estos supuestos, permite limitar la libertad de locomoción a la que otorga rango de derecho fundamental el artículo 19 de nuestra Constitución.

Ha llegado a decirse al respecto que la estructura y naturaleza de la inmensa mayoría de los delitos contemplados en el nuevo y extensísimo Título XIII del Libro II resulta alérgica a la *ratio* del precepto examinado, mientras que —por el contrario— la exclusión de otras infracciones ubicadas tradicionalmente en el título relativo a la propiedad no permitirá ahora la imposición de tal medida a delitos para los que podría estar perfectamente indicada; por ejemplo, los incendios[31].

En cualquier caso, y al margen de las dificultades de efectivo control que presenta tal prohibición de residir o acudir a determinados lugares, cuando la misma se vincule a un delito castigado con pena de prisión el tiempo debería empezar a contarse desde el momento en que el condenado a la pena privativa de libertad saliese del establecimiento penitenciario, de forma temporal o definitiva.

XI. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS PREVISTAS PARA LAS PERSONAS JURIDICAS

En el muy controvertido artículo 129 de nuestro Código penal se contiene una regulación generica

[29] Vid. al respecto: L. Gracia Martín, en la obra colectiva *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Valencia, 1996, pág 452.

[30] Cfr.: G. Landrove Díaz, *Las consecuencias jurídicas del delito*, cuarta edicion, Madrid, 1996, pág. 81.

[31] Vid.: R. García Albero, *en Comentarios al nuevo Codigo penal*, cit., fundamentalmente pag. 374.

de las denominadas "consecuencias accesorias" aplicables a empresas, sociedades y organizaciones; es decir, a las personas jurídicas.

Se trata de la clausura, disolución, suspensión, prohibición de actividades o intervención de la empresa o sociedad cuando el delito se hubiere cometido en el marco de su actividad y cupiera deducir que habían aprovechado esa estructura jurídica o que iban a continuar haciéndolo en el futuro. Al menos en estos términos se justificaban en la Exposición de motivos del Proyecto de 1992, cercano precedente del Código penal de 1995.

El artículo 129.1 enumera, en cinco subapartados, las diferentes consecuencias accesorias que pueden ser impuestas a las personas jurídicas, de forma motivada y facultativa, siempre que en la Parte especial del propio Código estén expresamente previstas para el supuesto de que se trate:

a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo; la clausura temporal no podrá exceder de cinco años Esta clausura de la empresa —temporal o definitiva— es la más frecuentemente utilizada en la Parte especial y, en la mayoría de los casos, se deja al arbitrio del juzgador la opción por una u otra modalidad.

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años. Obviamente, esta prohibición de ciertas actividades no puede alcanzar a todas las que lleve a cabo la persona jurídica; ello equivaldría a su clausura, temporal o definitiva.

e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

Las aludidas consecuencias accesorias "estarán orientadas" a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma (art. 129.3).

Como veremos, responde así nuestro Derecho a ciertas exigencias suscitadas, sobre todo, por la criminalidad económica y acoge, al menos en parte, planteamientos que progresivamente van alcanzando un generalizado reconocimiento tanto en la doctrina científica como en ordenamientos jurídicos foráneos[32].

En cualquier caso, el debate suscitado por la eventual responsabilidad criminal de las personas morales o jurídicas no es nuevo en el mundo de la especulación jurídico-penal. Sí el impulso que el mismo ha experimentado, precisamente, ante el cuantitativo y cualitativo incremento de la delincuencia económica. En la actualidad el viejo principio *societas delinquere non potest* se encuentra, al menos, en trance de revisión ya que existe una acuciante necesidad político-criminal de reaccionar frente a las personas jurídicas que son instrumentalizadas en muy rentables empresas criminales.

Como esquematiza Muñoz Conde, tradicionalmente se ha venido considerando que las personas jurídicas no pueden ser sujetos de una acción penalmente relevante, aunque sí puedan serlo en otras ramas del ordenamiento jurídico. Desde el punto de vista estrictamente penal, la capacidad de acción, de culpabilidad y de pena exige, pues, la presencia de una voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona individual, que no existe en la persona jurídica, mero ente ficticio al que el Derecho atribuye capacidad a otros efectos distintos de los penales. Pero incluso los más recalcitrantes partidarios de esta concepción —subraya— defienden la necesidad de que el Derecho penal pueda reaccionar de un modo u otro frente a los abusos que, especialmente en el mundo económico, se producen a través de la persona jurídica, sobre todo cuando ésta adopta la forma de sociedades mercantiles, principalmente anónimas o de responsabilidad limitada[33].

En definitiva, no debemos caer en la tentación de creer que los conceptos jurídicos actualmente acuñados "valen ya para todo, para todos y para siempre"[34]; por el contrario, al jurista corresponde la tarea de propiciar que los ordenamientos jurídicos puedan alcanzar respuestas eficaces ante las necesidades nuevas.

Se explica así la incontenible tendencia, manifestada en ámbitos bien diversos, hacia una desmitificación del tradicional principio negador de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Las distintas aportaciones doctrinales y las recomendaciones de organismos internacionales han cristalizado ya en no pocos ordenamientos jurídicos, receptivos de tales planteamientos. De esta forma se trata de arbitrar, de una vez por todas, una política criminal que actúe eficazmente ante los abusos contra los derechos económicos de la ciudadanía en su conjunto y, consecuentemente, de evitar irritantes lagunas de impunidad en este campo.

Efectivamente, el modelo de imputación tradicional del Derecho penal se ha desarrollado sobre las figuras de la criminalidad de la marginación y la miseria y —por ello— sobre acontecimientos en los que la acción ejecutiva inmediata, el poder de decisión y la base de información necesaria se pueden encontrar en una persona, pero difícilmente se ajusta a los contextos de acción y decisión colectivas en los que estos tres aspectos están personalmente separados. En una empresa, tiene lugar la ejecución inmediata regularmente en el nivel inferior por medio de órganos subordinados que no disponen ni de un propio poder de decisión, ni de las in-

[32] Vid. al respecto: K. Tiedemann, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel Diritto comparato*, en *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, 1995, págs. 615 y ss.; R Roth, *Responsabilité pénale de l'entreprise: modèles de réflexion*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1997, págs. 345 y ss

[33] Cfr.: Muñoz Conde, *Cuestiones dogmaticas basicas en los delitos economicos*, cit., pág 70.

[34] Cfr.: E. Ruiz Vadillo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo*, en *Revista de Derecho penal y Criminologia*, 1991, pág. 337.

formaciones necesarias para el enjuiciamiento de la nocividad del propio comportamiento, mientras que las decisiones concretas son adoptadas generalmente por la gerencia intermedia y a la que el nivel más alto de dirección —en el que confluyen todas las informaciones— ni siquiera necesita comunicar órdenes expresas. Esta organización, típica de los modernos procesos productivos, conduce en último término —y en el contexto de una imputación penal individualizadora— a una "organizada irresponsabilidad de todos"[35].

Por otro lado, el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la previsión de sanciones adecuadas a su naturaleza no excluye, obviamente, la exigencia de responsabilidades a las personas físicas que actúan en su nombre. Por ejemplo, el artículo 31 de nuestro Código es la vía adecuada.

A pesar del ardor con que fue defendida la responsabilidad criminal de las personas jurídicas por alguno de los participantes en el mismo[36], el Congreso de Bucarest, organizado por la Asociación Internacional de Derecho Penal en 1929, no alcanzó un tajante pronunciamiento en este sentido. Paso que sí se acometió por el Congreso de Messina, de 1979, matizándose —sin embargo— que por la trascendencia de los principios jurídicos en juego y las divergencias existentes entre las diversas legislaciones se recomendaba que cada Estado elaborase respecto de las personas jurídicas un sistema represivo que comprendiese sanciones de naturaleza penal, administrativa o *sui generis*. Ya en 1984, el Congreso celebrado en El Cairo declaró que la responsabilidad penal de las sociedades u otras entidades jurídicas se había reconocido en cierto número de países como medio adecuado para controlar los delitos económicos y empresariales, y que los países que no admitían tal posibilidad debían considerar la imposición de otro tipo de medidas apropiadas a aquellas entidades jurídicas.

Paralelamente, a nivel comunitario, diversas Resoluciones y Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa han sugerido o invitado a los gobiernos de los estados miembros a reconocer la responsabilidad criminal de las personas morales y a obrar en consecuencia. En concreto, la muy explícita Recomendación 18, de 20 de octubre de 1988, propuso la aplicación de la responsabilidad y de sanciones penales a las empresas cuando la naturaleza de la infracción, la gravedad de la culpabilidad de la empresa y la necesidad de prevenir otras infracciones así lo exijan.

En tales términos abierto el camino a la idea de aplicar sanciones penales a las empresas cuando la naturaleza de la infracción y la necesidad de prevenir otras así lo aconsejen, algunos ordenamientos jurídicos nacionales han abordado soluciones más o menos ambiciosas.

Así, el parágrafo 51 del Código penal holandés prevé la punición de las personas jurídicas; cuando los delitos son cometidos por éstas el procedimiento penal puede llevarse a cabo —incluida la imposición de la pena— contra las personas jurídicas o contra aquellas personas físicas que han dirigido los hechos delictivos o, incluso, contra ambas. Como afirma De Doelder, la inteligencia de que la persona jurídica se ha hecho realidad determina que, también, sea una realidad la posibilidad de que pueda cometer delitos[37].

El Código penal portugués precisa, en su artículo 11, que "salvo disposición en contrario" sólo las personas singulares son susceptibles de responsabilidad criminal. Fórmula con la que se articuló en el vecino país una pragmática quiebra de los criterios tradicionales, en aras de la punición de las personas colectivas, sobre todo, en el ámbito de la delincuencia económica[38].

Mediante una ley reformadora de 1991 se introdujo en la Parte general del Código noruego un nuevo Capítulo III, bajo un muy expresivo epígrafe: responsabilidad criminal de las empresas. El artículo 48 a), primero de los allí contenidos, precisa que cuando un precepto penal es violado por una persona que actúa en nombre de una empresa, "la empresa puede estar sujeta a una pena" y ello es aplicable, incluso, si ninguna persona física puede ser castigada por la infracción. Además, se entiende por empresa cualquier compañía, sociedad u otra asociación, empresa unipersonal, fundación, conjunto inmobiliario o entidad pública; consistiendo la pena en una multa, pero también es posible, tras un juicio, privar a la empresa de su derecho a continuar en su actividad o prohibírsele su continuación bajo ciertas formas que precisa el propio Texto legal[39].

Habida cuenta la decisión con que se abordó la misma, no puede extrañar la afirmación de que la más llamativa innovación introducida por el Código penal francés que entró en vigor el 1 de marzo de 1994 es, precisamente, el expreso reconocimiento de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas[40]. En efecto, a las genéricas previsiones del artículo 121.1 (nadie será penalmente responsable más que por sus propios hechos) se añade, en el artículo 121.2, que las personas morales, con exclusión del Estado, son responsables penalmente —y en los casos previstos en la ley o el reglamento— de las infracciones cometidas por cuenta suya, por sus órganos o representantes; responsabilidad penal de las personas morales que no excluye la de las personas físicas autores o cómplices de los mismos hechos.

El arsenal punitivo previsto al respecto resulta notablemente diversificado: no sólo la multa, sino también, y en los casos previstos por la ley, las pe-

[35] Cfr.. B. Schünemann, *La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea*, en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, pág. 573.

[36] Cfr.· M. Barbero Santos, *¿Responsabilidad penal de la empresa?*, en *Estudios de Derecho penal económico*, cit., pág. 27.

[37] Cfr. H de Doelder, *La punibilidad de las personas jurídicas en Holanda*, en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, cit., pág. 498.

[38] Vid en este sentido: M. Maia Gonçalves, *Codigo penal português*, séptima edición, Coimbra, 1994, pag. 88 y s.

[39] Sobre la peripecia legislativa noruega al respecto, vid . H Rostad, *Las multas a las personas jurídicas. Breve esbozo del sistema noruego*, en *Hacia un Derecho penal economico europeo*, cit., págs. 519 y ss.

[40] Cfr · F. Desportes y F. Le Gunehec, *Le nouveau Droit penal*, 1, *Droit pénal général*, Paris, 1994, pág. 417.

nas enumeradas en el artículo 131-39, como precisa el artículo 131-37: clausura temporal o definitiva, sometimiento de la empresa a vigilancia judicial, etc.

En definitiva, se ofrece incuestionable el decidido proceso de revisión al que se somete, en el ámbito comparatista, al añejo principio *societas delinquere non potest*. Paralelamente, en la doctrina penal va desarrollándose una tendencia favorable a la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas —limitada o no a la criminalidad económica— y construida sobre una especie de culpa por la organización, vinculada a la lesión del deber de vigilancia, o una modificación de los fines atribuidos a la pena que incidiría en la prevención general, la protección del bien jurídico o, incluso, la retribución. Con ello se abren camino planteamientos en otro tiempo ajenos al espíritu del Derecho penal continental europeo[41], pero no a la realidad anglosajona del *corporate crime*.

Todo ello sentado, hay que rendirse a la evidencia de que las ya aludidas consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 de nuestro Código son —en definitiva— las penas que a las personas jurídicas se imponen en aquellos ordenamientos que han optado por superar el principio político-criminal *societas delinquere non potest*[42].

Discusiones terminológicas aparte, se trata de sanciones que afectan a la persona colectiva, como tal ente jurídico y a cuyo amparo se cometieron las acciones delictivas; su presencia en el Código penal como consecuencias jurídicas del delito supone, de hecho, admitir la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. *¡Societas delinquere potest!* es la expresiva fórmula acuñada en nuestro país[43] ante la cautelosa formulación de las legalmente denominadas consecuencias accesorias, en un ingenuo fraude de etiquetas.

Como ya en su momento tuve oportunidad de poner de relieve, se contienen en el artículo 129.1 del Texto punitivo las diferentes consecuencias accesorias que hoy pueden ser impuestas a las personas jurídicas —de forma motivada y facultativa— siempre que en la Parte especial estén expresamente previstas. Por razones obvias, tal previsión específica no es infrecuente en sede de delincuencia económica.

Al respecto, sigue el Código muy diversos criterios: en alguna oportunidad se alude de forma genérica a la posibilidad de adoptar alguna de las consecuenias accesorias contenidas en el precepto antes mencionado; en otros casos se prevé tan sólo una de ellas o varias.

Entre los delitos relativos a la propiedad intelectual —y además de las penas ya aludidas en su momento— prevé el artículo 271 de nuestro Código, para los supuestos en que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica o el daño causado revista especial gravedad, la posibilidad de que el juzgador decrete el "cierre" temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado; el cierre temporal —se precisa— no podrá exceder de cinco años. Se trata, pues, de la consecuencia accesoria prevista en el artículo 129.1 a) como "clausura" de la empresa, sus locales o establecimientos. Idéntica formulación se utiliza, y en situaciones semejantes, por el artículo 276.2 ante determinados delitos relativos a la propiedad industrial.

Por su parte, el párrafo 2º del artículo 288 contiene una disposición común a los supuestos previstos en los artículos anteriores (delitos relativos a la propiedad intelectual, propiedad industrial, al mercado y a los consumidores): el juez o tribunal, a la vista de las circunstancias del caso, podrá adoptar las medidas —consecuencias accesorias— previstas en el artículo 129 del presente Código. De la literalidad del precepto cabe deducir, lógicamente, que el juzgador queda expresamente habilitado para, en aquellos supuestos, imponer *cualquiera* de las consecuencias accesorias enumeradas en el artículo 129.1 y que las mismas podrán ser aplicadas a *todos* los delitos tipificados en cualquiera de las tres primeras secciones del Capítulo XI del Título XIII, se trate o no de supuestos específicamente agravados.

Por ello, resulta al menos sorprendente que —como queda dicho— en las modalidades agravadas de los artículos 271 y 276.2 se ofrezca a los jueces o tribunales tan sólo la posibilidad de imponer una de las consecuencias accesorias; en concreto, la clausura o cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado.

Tal incongruencia legislativa parece abrir camino a una interpretación realmente absurda: ante unas tipicidades básicas puede reaccionarse con la imposición de varias o de todas las consecuencias accesorias previstas en nuestro código para las personas jurídicas y, sin embargo, ante los tipos agravados se restringe tal posibilidad a la imposición de una sola de ellas.

Así planteada la cuestión, no pueden extrañar los denodados esfuerzos realizados por nuestra doctrina para alcanzar una solución razonable[44]: o bien se consideran superfluos los artículos 271 y 276.2 y se entiende aplicable a todos los tipos el amplio repertorio sancionador del artículo 129, conforme a las precisiones del artículo 288, párrafo 2º; o bien se estima que, en el ámbito de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, y dados los términos en que se encuentran concebidos los artículos 271 y 276.2, no cabe aplicar a las tipicidades básicas lo preceptuado en el párrafo 2º del artículo 288.

Quizá resulte una empresa vana tratar de introducir racionalidad en un pasaje del Código que, como tantos otros, evidencia una deplorable técnica legislativa, fruto de la precipitación y de la incuria.

En el capítulo que describe y sanciona la receptación y otras conductas afines, se alude —también—

[41] Vid.: G. Flora, *L'attualità del principio "societas delinquere non potest"*, en *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, 1995, págs. 11 y s.s.

[42] Vid.: L. Arroyo Zapatero, *Derecho penal economico y Constitución*, en *Revista penal*, nº 1, 1997, pág. 14.

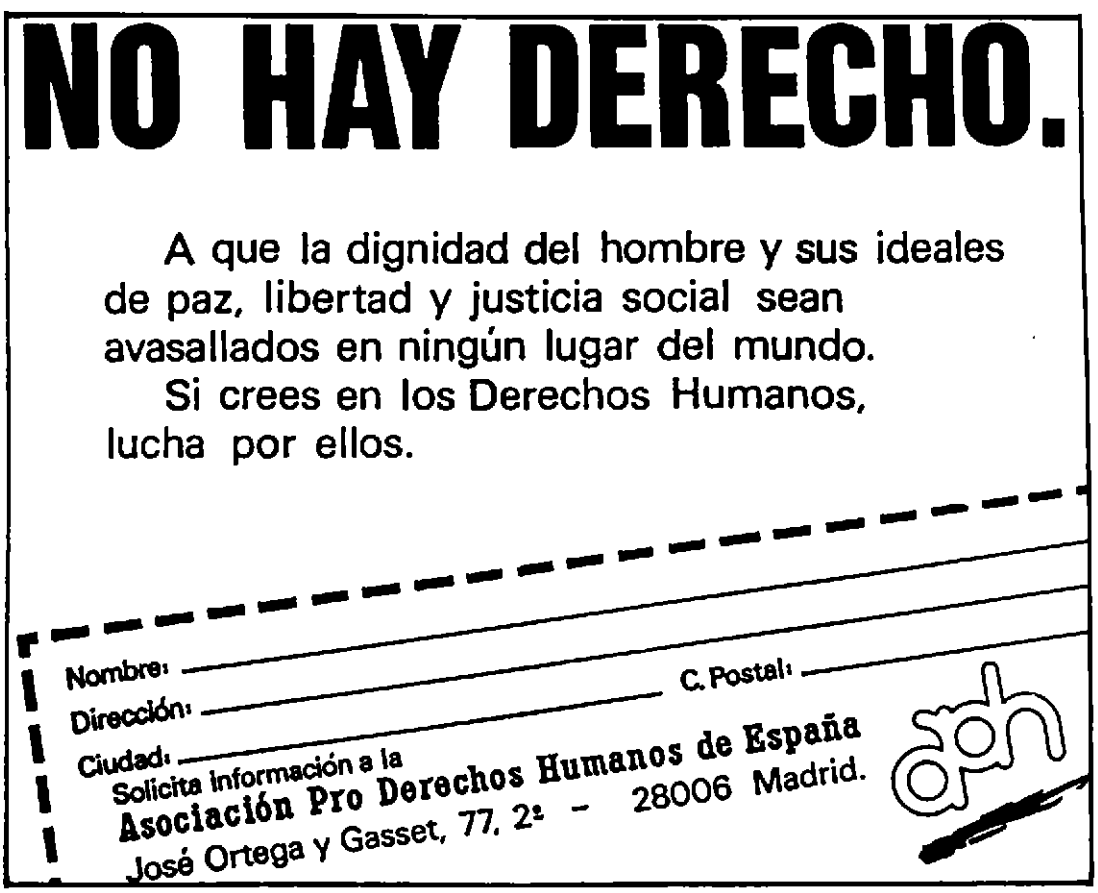
[43] Cfr.: L. Rodríguez Ramos, *¡Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión*, en *La Ley*, 1996, 5, págs. 1490 y s.s.

[44] Vid. por todos: G Guinarte Cabada, en *Comentarios al Codigo penal de 1995*, II, cit., pág. 1350.

a la primera de las consecuencias accesorias contenidas en el artículo 129.1; en este caso con mayor respeto a la literalidad de la norma general y sin que disposición común alguna plantee problemas interpretativos como los antes aludidos. En efecto, tanto el artículo 298.2 como el 299.2 habilitan expresamente al juzgador para acordar la "clausura", temporal o definitiva, del establecimiento o local puestos al servicio de las criminales actividades que se reprimen.

Al margen de las agravaciones establecidas en el párrafo 2º del artículo 302 para aquellos supuestos en que los delitos se cometan en el marco de una organización dedicada a la transformación de bienes o blanqueo, se faculta a los jueces o tribunales para que adopten "alguna" de las consecuencias accesorias que allí se relacionan, en un elenco cerrado que no abarca a todas las contenidas en el artículo 129.1: disolución de la organización o clausura definitiva de sus locales o establecimientos abiertos al público, suspensión de las actividades de la organización, o clausura de sus locales o establecimientos abiertos al público por tiempo no superior a cinco años, o prohibición a las mismas de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios, en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo no superior a cinco años.

Otras veces el legislador abre ante el juzgador un más variado repertorio de posibilidades al respecto. Así, en la modalidad de delito societario contenido en el artículo 294, y además de las penas allí contempladas alternativamente (prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses), la autoridad judicial podrá decretar algunas —en plural— de las medidas previstas en el artículo 129 del propio Código penal.



El concepto penal de sociedad en los delitos societarios: el artículo 297 del nuevo Código penal

Abraham CASTRO MORENO

I. INTRODUCCION

El concepto de sociedad no ha de interpretarse en sentido técnico[1], sino normativo, en la medida en que el nuevo Código penal ofrece un concepto puramente penal de sociedad a efectos de la aplicación de los delitos societarios[2], cuya redacción «no puede considerarse afortunada»[3]. En este sentido, el art. 297 CP recoge una enumeración ejemplificativa[4] exhaustiva de diversos tipos sociales:

«A los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado.»

Se trata de una definición paradójica, caracterizada a la vez por destacadas omisiones[5], así como por su excesivo casuismo[6]. Al estudio de las distintas entidades contempladas o no en el art. 297 CP se dedicarán las siguientes páginas.

II. LAS SOCIEDADES RECOGIDAS EN EL ARTICULO 297 CP

1. Sociedades mercantiles

Aunque el legislador haya optado por un con-

---

[1] Art. 1665 del Código Civil: «Dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias.»

[2] Se trata de un concepto legal o «interpretación autentica». En este sentido: Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido: Código Penal. *Doctrina y Jurisprudencia. Tomo II· arts. 138 a 385.* Madrid: Trivium, 1997, febrero, pág. 3056; Faraldo Cabana, Patricia: *Los delitos societarios.* Valencia: Tirant lo Blanch (Colección «Tirant Monografías», núm. 55), 1996, pág 100; González Cussac, José Luis: «Delitos contra el patrimonio y el orden economico (XII): *Delitos societarios*», en Vives Antón, Tomás, Salvador / Boix Reig, Javier / Orts Berenguer, Enrique / Carbonel Mateu, Juan Carlos / González Cussac, José Luis: *Derecho Penal. Parte Especial, 2ª Edición revisada y actualizada conforme al Código Penal de 1995.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, Lección XXIX, pág. 494; González Rus, Juan José: *«Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (IX).* Sustracción de cosa propia de utilidad social o cultural. Delitos societarios. Receptación y blanqueo de dinero», en Carmona Salgado, Concepción / González Rus, Juan José / Morillas Cueva, Lorenzo / Polaino Navarrete, Miguel / Portilla Contreras, Guillermo (dirigido por Manuel Cobo del Rosal)· *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial.* Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, pág. 829; González Vizcaya, Eduardo· «Los *delitos societarios* en el nuevo Código Penal», en *Actualidad Penal*, 1997, Volumen I, núm. 10 (3 a 9 de marzo), Doctrina XII, pág. 232; Madrigal García, Carmelo / Rodríguez Ponz, Juan Luis: *Contestaciones de Derecho Penal. Parte Especial. Judicatura.* Madrid: Editorial CARPERI, S L., 1996 (julio), tema 39, pág. 8; Manzanares Samaniego, José Luis· «Los *administradores y altos cargos directivos en el nuevo Código Penal*», en *Actualidad Penal*, 1997, Volumen I, núm. 13 (24 a 30 de marzo), Doctrina XV, pág. 288; Martínez-Bujan Perez, Carlos. «*Delitos societarios*», en *Estudios de Derecho Judicial*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial / Escuela Judicial, 1996, núm. 2 [«Estudios sobre el Código Penal de 1995. (Parte Especial)»], pág. 473; Moreno Cánoves, Antonio / Ruiz Marco, Francisco: *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal (concordados y con jurisprudencia).* Zaragoza: Editorial Edijus, 1996, pág. 349; Nieto Martín, Adán. *El delito de administración fraudulenta.* Barcelona. Praxis, 1996, octubre, pág. 248; Queralt Jiménez, Joan J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial, 3ª edición conforme al Código penal de 1995.* Barcelona: Bosch, 1996, pág. 439; Rodríguez Montañés, Teresa: *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios.* Madrid: McGraw-Hill (Coleccion· «Monografía Ciencias Jurídicas»), 1997, pág. 111; Serrano Pascual, Mariano: «*Comentarios al art. 297 CP*», en *Especial monográfico del Codigo penal. Comentarios y Notas. Crónica Parlamentaria.* Madrid: Tapia / Trivium, 1996, pág. 203; Terradillos Basoco, Juan: «Los *delitos societarios*», en Rosal Blasco, Bernardo Del (editor): *Estudios sobre el nuevo Codigo Penal de 1995.* Valencia: Tirant lo Blanch / Universidad de Alicante / Colegio de Abogados de Alicante, 1997, pág. 264; Valle Muñiz, José Manuel: «Capítulo XIII. De los *delitos societarios*», en Quintero Olivares, Gonzalo / Morales Prats, Fermín / Valle Muñiz, José Manuel / Prats Canut, José Miguel / Tamarit Sumalla, Josep Maria / García Albero, Ramón: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal.* Pamplona. Aranzadi, 1996, pag. 694.

[3] Terradillos Basoco, Juan: «*delitos societarios*», op. cit., pág. 263.

[4] El carácter ejemplificativo de la enumeracion de desprende de la coletilla final del precepto. «[..] o cualquier otra entidad de analoga naturaleza [...]». En este sentido Bufete Ramon Hermosilla. Abogados y Cia : *Los delitos societarios en el Codigo penal de 1995, 1ª ed* Madrid· Compañía General de Inversiones, 1996, pág. 27; García de Enterría, Javier. *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil.* Madrid. Civitas (Colección· «Estudios de Derecho Mercantil», núm. 28), 1996, pag 40; González Cussac, José Luis: «*Delitos societarios*», op cit , pag 494; Queralt Jiménez, Joan J.: *Parte Especial*, op. cit , pág 439; Rodríguez Montañés, Teresa· *responsabilidad penal del' administrador desleal*, op. cit., pág. 111, Valle Muñiz, Jose Manuel. «*delitos societarios*», op. cit., pág. 394.

[5] En este sentido: Moreno Cánoves, Antonio / Ruiz Marco, Francisco: *Delitos socioeconómicos*, op cit., pags 349 y 350, para quien resulta criticable las omisiones, siquiera nominales, de las sociedades, asociaciones deportivas, entes publicos dotados de personalidad juridica pero que no revisten la forma de sociedad (por ejemplo, universidades); Sánchez Alvarez, Manuel Maria: *Los delitos societarios.* Pamplona: Aranzadi (Revista de Derecho de sociedades Coleccion: «Monografias», num 5), 1996, pág. 48

[6] En este sentido: Martínez-Pereda Rodriguez, Jose Manuel. «Capitulo XI. *Los delitos societarios*», en *El nuevo Codigo penal y su aplicacion a empresas y profesionales. Manual teorico práctico (III), -I-.* Madrid: Recoletos Cia. Editorial, 1996, pag 361; Sanchez Alvarez, Manuel Maria: *delitos societarios*, op. cit., pág. 46 y 48.

Casuismo que ha llevado a algunos autores a entender que se trata de una definición lata, muy amplia, impropia u omnicomprensiva. Asi, Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido *Codigo Penal, II*, op cit , pag 3056; Garcia de Enterría, Javier. *delitos societarios*, op. cit , pag. 39; Manzanares Samaniego, Jose Luis· «*administradores y altos cargos directivos en el nuevo Código Penal*», op. cit., pág. 289, Martínez-Buján Pérez, Carlos «*Delitos societarios*», op. cit., pág. 473; Muñoz Conde, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial, 11ª ed.* Valencia Tirant lo Blanch, 1996, pág 456; del mismo: «*Delitos societarios*», en Juan Luis Gómez Colomer / José Luis Gonzalez Cussac (coordinadores): *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann).* Castelló de la Plana Publicacions de la Universitat Jaume I, 1997, pag. 137; Revuelta, Javier· «Los *afectados por la nueva normativa*», en *Direccion y Progreso*, 1996, num. 146 («Nuevo Codigo Penal. Delitos economicos y societarios»), marzo-abril, pág. 77, Rodriguez Montañes, Teresa: *responsabilidad penal del administrador desleal*, op. cit., pag. 111; Sanchez Alvarez, Manuel María: *delitos societarios*, op. cit , pag 46

cepto amplio de sociedad, lo cierto es que estaba pensando fundamentalmente en las sociedades mercantiles[7] y, especialmente, en las anónimas[8].

Las sociedades mercantiles[9] están definidas en el art. 116 C.de C. de la siguiente manera:

«*El contrato de Compañía*, por el cual dos o mas personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, *será mercantil*, cualquiera que fuese su clase, *siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código.*»[10]

Siguiendo al art. 119 C. de C., se constituyen con arreglo al citado Código, las sociedades cuyos pactos constitutivos se celebren en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil.

El Código de Comercio, en sus artículos 122 y 124, establece una enumeración de los distintos tipos de sociedades mercantiles. El art. 122 establece que, por regla general, las sociedades mercantiles se constituirán adoptando alguna de las siguientes formas: la regular colectiva[11], la comandita simple o por acciones[12], la anónima[13] y la de responsabilidad limitada[14]. Seguidamente, el art. 124 C. de C. complementa el catálogo anterior con otros dos tipos sociales: las mutuas y las cooperativas, siempre que se den una serie de requisitos que el mismo precepto establece[15].

Por lo tanto, *pueden ser sujetos activos del delito de administración desleal, en principio, los administradores de las sociedades colectivas, comandita simple y por acciones, anónimas, de responsabilidad limitada, mutuas y cooperativas.* Pero, ¿puede haber otros tipos de sociedades mercantiles además de éstos?, ¿se trata de un sistema de lista abierta o, por el contrario, de *numerus clausus*?, —en definitiva—, ¿caben las sociedades mercantiles atípicas en nuestro Derecho?

El art. 122 C. de C. dice: «*Por regla general* las sociedades mercantiles se constituirán adoptado algunas de las formas siguientes: [...]» Sin olvidar que, el art. 1255 CC (aplicable a la legislación contractual mercantil a través del art. 50 del C. de C.) reconoce y garantiza la autonomía de la voluntad de los contratantes. Lo cierto es que la mayoría de la doctrina mercantil[16] se decanta por el sistema de lista cerrada. El catálogo legislativo de figuras societarias constituye en este sentido un sector cerrado, pero no inamovible. Así, los modelos societarios que el legislador ofrece a los particulares han ido renovándose y ampliándose sucesivamente, de modo que, junto a los tipos tradicionales (colectiva, comandita simple y anónima) han ido surgiendo otros nuevos (como la SRL y la comandita por acciones).

En este sentido, la doctrina[17] se ha referido al *principio de libertad reglamentaria, que permite a los particulares elegir entre los tipos sociales que les ofrece el legislador, aquél que más convenga o*

---

[7] En este sentido, como ha destacado Rodríguez Ramos, la administración desleal de bienes ajenos se produce fundamentalmente en el ámbito de las sociedades mercantiles. Rodríguez Ramos, Luis: «Los nuevos *delitos pseudosocietarios*», en *Revista Jurídica General: Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1996, núm 1 (monográfico sobre «Las penas y el delito societario en el Código penal»), 3ª época, abril-mayo, pág. 75.

Por otra parte, probablemente sea esta idea la que ha traicionado el subconsciente del eminente Magistrado de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, Ilustrísimo Sr Martínez-Pereda Rodríguez, llevándole a afirmar que el sujeto activo de este delito ha de ser administrador de hecho o de derecho de una *sociedad mercantil*, cuando, como es sabido, el art. 297 CP recoge supuestos que no son encuadrables dentro de esta categoría mercantil. Ver al respecto. Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel: «*Los delitos societarios*», op. cit., pág. 381

[8] Al respecto: Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel: «*Los delitos societarios*», op. cit., 1996, pág 360; Rodríguez Ramos, Luis. «*delitos pseudosocietarios*», op. cit., pág. 78

[9] Las sociedades mercantiles son las grandes protagonistas del derecho mercantil actual (cualitativamente es así porque son un gran instrumento de acumulación de recursos financieros y económicos). Las empresas necesitan mucho más dinero que antes de la Revolución Industrial y, hoy, nadie o, casi nadie, aisladamente tiene tanto dinero, por lo que se ven obligadas a asociarse varias personas. Ver al respecto: Arroyo Zapatero, Luis: «Los *delitos societarios* en el Proyecto de Código Penal de 1992», en *Estudios de Derecho Penal Económico*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, pág. 58; Gómez Benítez, José Manuel. «Notas para una discusión sobre los *delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio* en el Proyecto de 1980 de Código Penal (Títulos VIII y V)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1980, Tomo XXXIII, Fasc. II, mayo-agosto, Sección Legislativa: E) Crónica Legislativa, pág. 483, quien califica a estas sociedades como el auténtico motor del sistema capitalista; Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel: «*Los delitos societarios*», op. cit., págs. 349, 350 y 359, para quien las sociedades anónimas representan un factor de progreso y generación de riqueza; Martínez Pérez, Carlos: «El delito societario de *administración fraudulenta*», en Fernández Albor, Agustín (presentación de): *Estudios Penales y Criminológicos, XVII*. Santiago de Compostela: Universidad, 1994, pág. 291, quien afirma —en relación a la *Untreue* alemana— que la modalidad más importante de administración desleal es la llevada a cabo en el terreno societario; Quintero Olivares, Gonzalo: «La *política penal para la propiedad y el orden económico* ante el futuro Código penal español», en Fernández Albor, Agustín (ed.): *Estudios Penales y Criminológicos, III*. Santiago de Compostela: Universidad, 1979, pág. 222, en donde califica a las sociedades por acciones de instituciones fundamentales para la vida económica; Serra Mallol, Antonio Jorge: *El contrato de cuentas en participación y otras formas asociativas mercantiles*. Madrid: Tecnos, 1991, pág. 19.

[10] De este modo, el Código de Comercio deja claro que se consideran mercantiles las sociedades que se constituyen con arreglo al mismo Sin embargo, la profesora Faraldo Cabana, Patricia: *delitos societarios*, op. cit., pág. 109, ha entendido que en los casos de las sociedades colectivas y comanditarias, lo que les atribuye carácter mercantil es la naturaleza de su objeto social: si éste es mercantil, serán sociedades mercantiles y, si es civil, lo serán civiles aunque revistan formas jurídico mercantiles. No obstante, creo que tal interpretación no es compatible con el tenor literal del art. 119 C. de C.

[11] En la que los socios, en nombre colectivo y bajo una razón social, se comprometen a participar, en la proporción que establezcan, en los mismos derechos y obligaciones Ver los artículos 125 a 144 C. de C.

[12] En las que varios sujetos aportan capital determinado al fondo común, para estar a las resultas de las operaciones sociales dirigidas exclusivamente por otros en nombre colectivo Para las sociedades en comandita, ver los artículos 145 a 150 C. de C. Para las sociedades en comandita por acciones, ver los artículos 151 a 169 C de C

[13] En la que el capital está dividido en acciones, y se integrará por las aportaciones de los socios, quienes no responden personalmente de las deudas sociales Ver el art 1º del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.

[14] En la que el capital, que estará dividido en participaciones sociales, se integrara por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales Ver el art. 1º de la Ley 2/1995, de 23 de marzo de Sociedades de Responsabilidad Limitada («*BOE*», de 24 de marzo de 1995)

[15] Ver mas adelante el apartado correspondiente a las mutuas y cooperativas

[16] Ver por todos, Fernández de la Gándara, Luis: *La atipicidad en derecho de sociedades*. Zaragoza: Libros Portico, 1 977, pág. 78.

[17] Fernandez de la Gandara, Luis: *atipicidad*, op cit., pags 79 a 83.

se adapte a sus intereses, pero no, incluir nuevos tipos que modifiquen el esquema legal[18].

Por cuanto se ha dicho debemos concluir que, *sólo podrán ser consideradas como mercantiles las sociedades expresamente tipificadas por el legislador como tales, sin que en ningún caso lo puedan ser, las sociedades atípicas*; es decir, no previstas por el Ordenamiento.

En otro orden de cosas, *se deben también incluir dentro de la referencia a las sociedades mercantiles efectuada por el art. 297 Cp, algunos supuestos peculiares de sociedad, (sociedades ocultas, sociedades ficticias y sociedades de fachada)* a efectos de su consideración como sociedad en relación al Capítulo XIII del Título XIII del Código penal[19].

Finalmente, conviene hacer mención a las denominadas *sociedades o empresas públicas* que, como se sabe, son sociedades participadas por las distintas Administraciones, pero que funcionan con el mismo régimen jurídico que cualesquiera otras sociedades privadas. A este respecto, *en la medida en que adopten la formas societarias mercantiles, no existe inconveniente alguno en considerarlas incluidas dentro del art. 297 CP*[20].

---

[18] El fundamento reside básicamente en la necesidad de proteger los intereses de terceros, con quienes se relaciona la sociedad en el tráfico. El ordenamiento jurídico debe proteger estos intereses garantizando la seguridad y transparencia en el tráfico, de modo que, cuando el tercero contrata con una sociedad, pueda saber con qué tipo social está tratando y cuál es su régimen jurídico. Fernández de la Gandara, Luis: *atipicidad*, op. cit., págs. 84 a 86.

[19] Las *sociedades ocultas* son aquellas que operan en el trafico sin manifestarse como sociedad, de tal manera que los terceros que se relacionan con sus representantes, creen hacerlo con particulares, y que el régimen de garantía es el del art 1911 del Código Civil, cuando realmente, por tratarse de una sociedad, puede tener un régimen de responsabilidad limitada.

Se trata de un fenómeno relativamente frecuente en la practica —que incluso está permitido para las sociedades civiles— pero no admitido por el Código de Comercio que, con la nueva redacción del art. 24, impone a las sociedades mercantiles la obligación de informar, en todos sus documentos, de su nombre, datos, número del Registro Mercantil e, incluso, de mencionar el tipo social en concreto de que se trata.

En cuanto a estas sociedades hay que decir que, desde el momento en que están correctamente constituidas, de acuerdo con los artículos 116 y 119 C. de C , *son auténticas sociedades mercantiles* a todos los efectos y, como no, a los que aquí nos ocupan

Lo mismo ocurre con las denominadas *sociedades ficticias* y con las *sociedades de fachada*. Las *sociedades ficticias* están correctamente constituidas, pero en un momento determinado de su vida legal se encuentran vacías de su patrimonio (ver, Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel: «*Los delitos societarios*», op. cit., pag. 353) y, sus administradores, utilizando la base ficticia de esa potencialidad económica —pero sin realidad cierta y eficiente— consiguen, mediante diversos procedimientos, hacer suyas en beneficio propio o de terceros determinadas cantidades. Las *sociedades de fachada*, además de su constitución y funcionamiento regulares, disponen de un patrimonio. Pero es también una apariencia, aunque con distinta finalidad Se trata de disimular la actividad de un comerciante individual, eludiendo el régimen de responsabilidad del art. 1911 CC, al actuar en el tráfico como una sociedad para beneficiarse del privilegio de la responsabilidad limitada que como empresario individual no tendría (ver, Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel: «*Los delitos societarios*», op. cit , pag. 353.)

De este modo, como señala Heredero, José Luis. *Los* delitos financieros *en la jurisprudencia española*. Barcelona: Bosch, 1969, pág. 18, con la sociedad ficticia se crea una apariencia de patrimonio, mientras que, con la sociedad de fachada, se oculta un patrimonio. Como se ha dicho, *ninguna de estas dos sociedades presenta problemas aquí, por estar correctamente constituidas.*

Sin embargo, y aunque aquí no se comparta, es necesario mencionar la postura de Jiménez Villarejo, Carlos. «De los *delitos societarios* y contra los consumidores», en *Revista Jurídica General: Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1996, núm. 1 (monográfico sobre «Las penas y el delito societario en el Código penal», 3ª época, abril-mayo, pag. 21, quien entiende que las sociedades ficticias no pueden considerarse como sociedades a efectos penales, puesto que la constitución de éstas es realizada por sus socios sin ánimo alguno de desarrollar su objeto social, sino como mero instrumento para la realización de actividades irregulares e ilícitas. No obstante, sin ahondar más en la cuestión para no repetir en exceso los mismos argumentos, la realidad de las afirmaciones de tal autor (en cuanto a las operaciones irregulares se refiere) no excluyen la existencia de una auténtica sociedad correctamente constituida.

[20] Como ha destaco Luzón Cánoves, Alejandro: «*Los caudales de empresas públicas como posible objeto del delito de malversación*», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1997, año VI, num. 276, 9 de enero, Comentario, págs 3 y 4, las empresas públicas se encuentran definidas en la Ley 7/1988 que regula el funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y en el art 6 1 de la Ley General Presupuestaria, según las cuales debe entenderse por empresas publicas

a) Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participacion directa o indirecta del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones locales o de sus Organismos Autónomos;

b) Las Entidades de Derecho público con personalidad juridica, constituidas en el ámbito del Estado, de las Comunidades autónomas o de las Corporaciones locales, que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento juridico privado

Asimismo, tal concepto de empresas públicas debe completarse con el ofrecido por el art. 4 de la Ley de Entidades Estatales Autonomas de 26 de diciembre de 1958 que define a las empresas públicas, como aquellas creadas por el Estado, directamente o a través de Organismos autónomos, para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transporte u otras analogas de naturaleza y finalidades predominantemente económicas

Por su parte, a efectos de la posible aplicación del delito de malversacion de caudales públicos a los dirigentes de estas sociedades, debe diferenciarse entre las empresas públicas, las Entidades de Derecho público con personalidad juridica y los Organismos autonomos. A tal respecto puede verse, ampliamente, Luzon Cánoves, Alejandro: «*Los caudales de empresas publicas como posible objeto del delito de malversacion*», op. cit., págs 2 a 4, a quien sigo en la distincion.

A este respecto, y empezando por el final, los *Organismos autónomos* poseen fondos públicos y, aunque no son estrictamente Administración Pública, no tienen tampoco estructura empresarial ni mercantil Se trata, por ejemplo, del Organismo Nacional de Loterias y Apuestas del Estado, del Consejo Superior de Investigaciones Cientificas, Correo y Telegrafos, etc. De este modo, *las desviaciones de los fondos de tales Organismos constituira, en su caso, un delito de malversacion, pero no de administración desleal de sociedades.*

Las *Entidades de Derecho Público* con personalidad juridica, aunque por Ley ajustan sus actividades al Derecho privado, no tienen, sin embargo, forma societaria, al ser Entidades proximas a los Entes Publicos y a los Organismos Autonomos Se trata, por ejemplo, del Consorcio de Compensación de Seguros, Retevision, Fabrica Nacional de Moneda y Timbre, Instituto de Credito Oficial, Sociedad Española de Salvamento y Seguridad Maritima; Ferrocarriles de via estrecha; RENFE, etc *Las desviaciones de fondos de tales entidades, al ser sus fondos publicos, tampoco constituyen administración desleal de sociedades, sino, en todo caso, malversaciones de caudales públicos*

Finalmente, en orden a considerar la posible comision del delito de administracion desleal de sociedades en relación a los dirigentes de *empresas publicas en sentido estricto*, es decir, que adoptan forma mercantil (como la Empresa Nacional Bazan, S.A., Grupo EFE, S.A., Paradores de Turismo de España S A., Hispasat, S.A., Empresa Nacional Santa Bárbara, S A , Empresa Nacional de Autopistas, S A., etc.), es necesario, previamente, diferenciar los distintos supuestos que integran este concepto. Así, dentro de las empresas públicas se debe distinguir entre las *Sociedades con exclusivo capital publico*, las *sociedades con participacion mayoritariamente pública* y las *sociedades de economía mixta* (caracterizadas, éstas últimas, porque la participación pública no es mayoritaria). *En los dos últimos supuestos, en los que existe una participacion publica en el capital social (mayoritaria o no), pero este se integra ademas por aportaciones privadas, es necesario concluir que las desviaciones de sus fondos no constituyen malversacion de caudales publicos*, puesto que al ser formarse al capital social con fondos tambien privados, no puede identificarse éste con el concepto de caudales publicos. Así, el patrimonio social es distinto del de los socios que lo integran, por lo que si uno de sus socios es de naturaleza Publica, esta no se traspasa al patrimonio social, que goza de autonomía del privativo (público o privado) de sus socios, por lo que el capital de la sociedad nunca

2. Mutuas y Cooperativas

Las sociedades mutuas y cooperativas se encuentran contempladas en el art. 297 de forma diferenciada de las sociedades mercantiles. Asimismo, hay que señalar que ya el art. 124 del Código de Comercio establecía los requisitos que debían reunir estas sociedades para ser consideradas de naturaleza mercantil.

«Las Compañías *mutuas* de seguros contra incendios, de combinaciones tontinas sobre la vida para auxilios a la vejez, y de cualquier otra clase, las *Cooperativas* de producción, de crédito o de consumo, sólo se considerarán mercantiles, y quedarán sujetas a las disposiciones de este Código, cuando se dedicaren a actos de comercio extraños a la mutualidad o se convirtieren en Sociedades a prima fija.»

A pesar de que el art. 124 C. de C. establece cuándo la naturaleza de estas sociedades es mercantil, ésta ha sido objeto de una gran polémica doctrinal[21]; debido, entre otros motivos, a que en su constitución interviene la administración, a través de una autorización administrativa que lleva a cabo el Ministerio de Trabajo. A este respecto, dicha polémica sobre la naturaleza mercantil pierde su sentido (en lo que a los delitos societarios se refiere) con la contemplación expresa de ambos tipos sociales en el art. 297 CP. *Ya no resulta necesaria la averiguación de si tales sociedades funcionan a prima fija*[22] *(siendo mercantiles) o variable*[23] *(en cuyo caso serían sociedades civiles), pues con indiferencia de ello son entidades aptas para integrar el delito que nos ocupa.*

Por otra parte, *tampoco resulta necesaria la mención expresa de estas sociedades en el art. 297 CP*[24]*, puesto que los arts. 290 a 295 se refieren a «Los administradores [...] de cualquier sociedad [...]»* o «[...] de una sociedad [...]» y, en la medida en que las mutuas y cooperativas sean sociedades, ya estarían amparadas por los distintos preceptos[25].

3. Cajas de Ahorros y Entidades Financieras o de Crédito

En principio, *no se comprende del todo el por que*

será publico. Sólo cuando la empresa reparta dividendos a sus socios, los que reciba la Administración, se podrán considerar caudales públicos, pero ya no integrarán el patrimonio social. Sin embargo, en relación a las sociedades con exclusivo capital social, la cuestión parece más controvertida, pues podría entenderse que en presencia de un único socio, el capital de la Compañía se identifica con el particular del accionistas, es decir, de la Administración, con la consecuencia de poder considerar el patrimonio social como caudal público a efectos del delito de malversación.

Por mi parte, entiendo, con Manzanares Samaniego, José Luis: «*administradores y altos cargos directivos en el nuevo Código Penal*», op. cit., pág. 289, para quien «no habría obstáculo en considerar sociedad del art. 297 a la empresa pública que fuera una sociedad anonima, pero quedarán excluidas las configuradas como un servicio sin personalidad jurídica o como un organismo autónomo.»; Nieto Martín, Adán: *administracion desleal*, op. cit., pág. 251 y; Sánchez Alvarez, Manuel María: *delitos societarios*, op. cit., págs. 55 y 56, que *es perfectamente posible aplicar el delito de administración social fraudulenta a estas empresas públicas, puesto que tienen naturaleza juridico-mercantil, por lo que son sociedades mercantiles recogidas en el art. 297 CP.*

La misma solución se da a estos supuestos en Derecho comparado. Así, en Francia, se aplica el delito de abuso de los bienes sociales a las sociedades participadas con fondos de carácter público, pero regidas en su actuación por la normativa jurídico-mercantil común. Véase al respecto: Bouzat, Pierre: «*Abus de biens sociaux*», en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1976, núm. 3, juillet-septembre, Chronique de jurisprudence IV: Crimes et délit contre les biens, núm. 2, págs. 734 y 735; Delmas-Marty, Mireille: *Droit pènal des affaires, 2. Partie spéciale: infractions, 3ª ed.* Paris: Presses Universitaires de France, 1973, págs. 286 a 306; Touffait, Adolphe / Robin, Jean / Audureau, André / Lacoste, Jacques: *Delits et sanctions dans les societés, 2ª ed.* Paris: Sirey, 1973, pág. 254, núm. marg. 241.

[21] Polémica que, incluso, ha llegado a los debates tenidos en el seno de la Comisión de Justicia e Interior en torno al nuevo Código penal. Así, ver Arqueros Orozco: «*Debate de la Comisión de Justicia e Interior sobre la LOCP*», *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 1995, núm 512, V Legislatura, Cortes Generales, Sesión núm. 66, lunes 6 de junio de 1995. (Pte. D. Javier Luis Sáenz Cosculluela), en *Ley Orgánica del Código Penal. Debates Parlamentarios, I* Madrid: Departamento de Publicaciones de las Cortes Generales, 1996, pág. 920, (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, pág. 15 588), quien *mantiene que las sociedades mercantiles y las cooperativas no son lo mismo*, pues: «hay una distinción clarísima y evidente entre las sociedades mercantiles y las cooperativas. Las sociedades mercantiles, por definición y por sustancia propia de ellas, tienen ánimo de lucro y las cooperativas no».

En contra de la consideración de las sociedades cooperativas como mercantiles, ver Faraldo Cabana, Patricia: *delitos societarios*, op. cit., págs. 101 y 102, para quien *las cooperativas no son sociedades mercantiles, sino civiles,* a pesar de que los arts. 1 y 116 de la Ley General de Cooperativas 3/1987, de 2 de abril, las permita desarrollar actividades empresariales y, de que la Ley 19/1989 ordene la inscripción de la cooperativas de Crédito y de Seguros en el Registro Mercantil; Olvarria Iglesias, Jesús: «Los "*delitos societarios*" en el Anteproyecto de Codigo Penal. Especial referencia al falseamiento de cuentas anuales» en *Legislacion y Jurisprudencia. Revista anual del CIRIEC*, 1992, núm. 3, Comentarios, pág. 300, para quien *las Cooperativas no son sociedades mercantiles.*

En favor de la consideración de las sociedades cooperativas como mercantiles, ver García de Enterría, Javier. *delitos societarios*, op. cit., pag. 39; Rodríguez Montañés, Teresa: *responsabilidad penal del administrador desleal*, op. cit , pág 111; Sanchez Alvarez, Manuel Maria: *delitos societarios*, op. cit., pag 49, quienes *entienden que la mención expresa a la sociedades cooperativas resulta redundante por tratarse de sociedades mercantiles.*

[22] Según el art. 9 de la Ley de Ordenación y Supervision del Seguro Privado: «son entidades aseguradoras privadas sin animo de lucro que tienen por objeto la cobertura a sus socios, personas físicas o jurídicas, de los riesgos asegurados mediante una prima fija pagadera al comienzo del periodo de riesgo.»

[23] Según el art. 10 de la Ley de Ordenación y Supervision del Seguro Privado. «son entidades aseguradoras privadas sin animo de lucro fundadas sobre el principio de ayuda recíproca, que tienen por objeto la cobertura, por cuenta común, a sus socios, personas físicas o jurídicas, de los riesgos asegurados mediante el cobro de derramas con posterioridad a los siniestros, siendo la responsabilidad de los mismos mancomunada, proporcional al importe de los respectivos capitales asegurados en la propia entidad y limitada a dicho importe.»

[24] Su mención expresa en el precepto se produjo en virtud de la aceptacion de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular en la Sesion de la Comision del Congreso de 6 de junio de 1995. Ver al respecto: Macia Gomez, Ramon / Roig Altozano, Marina: Nuevo *Código Penal de 1995.* Barcelona Editorial CEDECS («Textos Legales Anotados»), 1996 (abril), pág. 521.

[25] Y se trata de sociedades porque así lo expresa el art 1 de la Ley General de Cooperativas 3/87, de 2 de abril al establecer que:

«*Son Sociedades* que, con capital variable y estructura y gestión democráticas, asocian, en régimen libre de adhesion y baja voluntaria, a personas que tienen intereses o necesidades socio-económicas comunes, para cuya satisfacción y el desarrollo de la comunidad realizan actividades empresariales, imputándose los resultados económicos a los socios, una vez atendidos los fondos comunitarios, en funcion de la actividad cooperativa que realicen.» Ver asimismo, sobre las mutuas de seguros, los arts. 7 y sigs. de la Ley 30/95, de 8 de noviembre de Ordenacion y Supervisión de los Seguros Privados y; sobre las mutuas de accidentes, los arts. 202 y sigs de la Ley General de la Seguridad Social 2065/74, de 30 de mayo.

Ver también al respecto: Rodríguez Ramos, Luis: «*delitos pseudosocietarios*», op. cit , pág 79.

de la mención expresa de las Cajas de Ahorros[26] *y otras Entidades Financieras o de Crédito, de forma diferenciada de las sociedades mercantiles,* pues estas entidades se encuentran recogidas en el Título I del Libro II del Código de Comercio relativo a las Compañías mercantiles. *Se trata pues, de una innecesaria y redundante reiteración.*

Tanto es así que el propio art. 123 C. de C. establece que:

«Por la índole de sus operaciones podrán ser las Compañías mercantiles:
[...]
Sociedad de crédito, Bancos de emisión y descuento, Compañías de crédito territorial, [...], Bancos agrícolas, [..]»

Estas sociedades se enmarcan en los que se ha dado en denominar «sociedades especiales», cuya principal característica es la determinación legal del objeto social de dichas Compañías[27].

Por otra parte, *la contemplación de las Cajas de Ahorro* resulta reiterativa *también en atención a que no son más que fundaciones especiales*[28]. De este modo, sea por tratarse de sociedades mercantiles, sea por tratarse de fundaciones, lo cierto es que el legislador no debió haberlas contemplado expresamente.

Finalmente, *tampoco se comprende el por qué de la mención de las Cajas de Ahorro de forma diferenciada de otras Entidades de Crédito,* pues, como señala la doctrina penalista[29] y mercantilista[30], las primeras se encuentran equiparadas a las segundas desde 1977. Así, según el art. 1 del Real Decreto Legislativo 1298/86, de 28 de junio, sobre adaptación de nuestro Derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al Derecho comunitario, figuran entre las Entidades de crédito:

«[..] toda empresa que tenga por actividad típica y habitual, recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas, que lleven aparejadas la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza.»[31]

Se trata, por tanto, de empresas que tienen por objeto social el ejercicio de crédito, y no de aquellas otras que no dedicándose de forma habitual al mismo, desempeñan, sin embargo, tal actividad de forma esporádica o eventual[32]. De este modo, para la doctrina mercantilista[33], se encuentran entre las sociedades de crédito: el Instituto de Crédito Oficial y las entidades Oficiales de Crédito; los Bancos privados; las Cajas de Ahorro, la Confederación Española de Cajas de ahorro y la Caja Postal de Ahorros; las Cooperativas de Crédito; las Sociedades de Crédito Hipotecario; las Entidades de Financiación; las Sociedades de Arrendamiento Financiero; las Sociedades Mediadoras en el Mercado de Dinero.

La diferenciación entre las Entidades de Crédito y las Entidades Financieras se encuentra en que las últimas no intermedian el crédito, sino que lo proporcionan a quienes lo puedan precisar, pero sin recibir para realizar dicho préstamo fondos de personas ajenas a la operación[34].

Por último, hay que señalar que *al carecer estas Cajas de «socios», los delitos de referencia no podrán aplicarse en perjuicio de éstos, quedando así parcialmente limitada su operatividad*[35].

4. Fundaciones

Las Fundaciones son entidades jurídicas distintas

[26] La mención expresa de las Cajas de Ahorros se produjo en virtud de la aprobación de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en la sesión del Pleno del Congreso de 29 de junio de 1995. Al respecto Maciá Gómez, Ramón / Roig Altozano, Marina: *Código Penal de 1995*, op. cit., pág. 522; García de Enterría, Javier: *delitos societarios*, op. cit., pág. 39.

[27] Así, el art. 175 C. de C. establece las operaciones que corresponden principalmente a estas Compañías. Suscribir o contraer empréstitos con el Gobierno, Corporaciones provinciales o municipales; adquirir fondos públicos y acciones u obligaciones de toda clase de Empresas industriales o de Compañías de crédito, crear Empresas de caminos de hierro, canales, fabricas, minas, dársenas, almacenes generales de depósito, alumbrado, desmontes y roturaciones, riegos, desagües y cualesquiera otras industriales o de utilidad pública; practicar la fusión o transformación de toda clase de Sociedades mercantiles, y encargarse la emisión de acciones u obligaciones de las mismas; administrar y arrendar toda clase de contribuciones y servicios públicos, y ejecutar por su cuenta, o ceder, con la aprobación del Gobierno, los contratos suscritos al efecto; vender o dar en garantía todas las acciones, obligaciones y valores adquiridos por la Sociedad, y cambiarlos cuando lo juzgaren conveniente, prestar sobre efectos públicos, acciones u obligaciones, géneros, frutos, cosechas, fincas, fábricas, buques y sus cargamentos, y otros valores, y abrir créditos en cuenta corriente, recibiendo en garantía efectos de igual clase; efectuar por cuenta de otras Sociedades o personas toda clase de cobros o de pagos, y ejecutar cualquier otra operación por cuenta ajena; recibir en depósito toda clase de valores en papel y metálico, y llevar cuentas corrientes con cualesquiera Corporaciones, Sociedades y personas; girar y descontar letras u otros documentos de cambio. Asimismo, el art. 177 C. de C. se refiere a la realización de: descuentos, depósitos, cuentas corrientes, cobranzas, préstamos, giros y contratos con el Gobierno y Corporaciones públicas. Por fin, el art. 199 C. de C. se refiere a: préstamos a plazos sobre inmuebles y a emisiones de obligaciones y cédulas hipotecarias.

[28] Así lo ha entendido también: Sánchez Alvarez, Manuel María: *delitos societarios*, op. cit., págs. 49 y 50, aunque para tal autor, por otro motivo; a saber, que entiende que las Cajas de ahorros son fundaciones-empresas, por lo que ya estarían recogidas dentro de la mención expresa a las fundaciones. También las considera fundaciones jurídico privadas Faraldo Cabana, Patricia: *delitos societarios*, op. cit., pág. 102; Vicent Chulia, Francisco: *Compendio Crítico de Derecho Mercantil, Tomo I, Volumen 2º: Comerciantes* Sociedades. *Derecho Industrial.* Barcelona: Bosch, 1991, pág. 984.

[29] Faraldo Cabana, Patricia: *delitos societarios*, op. cit., pag. 102; Rodríguez Ramos, Luis: «*delitos pseudosocietarios*», op. cit., pág. 79

[30] García de Enterría, Javier: *delitos societarios*, op. cit., pag. 39, Sánchez Alvarez, Manuel María: *delitos societarios*, op. cit., pag. 49

[31] Ver al respecto: Faraldo Cabana, Patricia: *delitos societarios*, op. cit., pág. 104, Rodríguez Ramos, Luis: «*delitos pseudosocietarios*», op. cit., págs. 79 y 80, Uría, Rodrigo *Derecho Mercantil, 19ª ed.* Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1992, pag. 770, num. marg. 759.

[32] Ver Faraldo Cabana, Patricia: *delitos societarios*, op. cit., pag. 104.

[33] Uría, Rodrigo: *Derecho Mercantil*, op. cit., pag. 770, num. marg. 759, Vicent Chulia, Francisco: *Sociedades*, op. cit., pag. 983

Seguida, entre los penalistas, por Faraldo Cabana, Patricia *delitos societarios*, op. cit., pags. 104 y 105; Rodríguez Ramos, Luis: «*delitos pseudosocietarios*», op. cit., pag. 80

[34] Ver al respecto: Rodríguez Ramos, Luis: «*delitos pseudosocietarios*», op. cit., pag. 80

[35] En este sentido se han manifestado. Moreno Cánoves, Antonio / Ruiz Marco, Francisco: *Delitos socioeconómicos*, op. cit., pág. 352, quienes, en relación al delito de administración desleal, contemplan la posibilidad de entender por «socios» a los «depositantes», en cuyo caso tal restricción de la operatividad del delito no se daría. Si bien, como ellos mismos advierten, tal equiparación resulta incompatible con el principio de prohibición de analogía

de las sociedades. Así, mientras que las sociedades toman como base una colectividad de sujetos, las Fundaciones se constituyen en torno a un conjunto de bienes destinados a la realización de unos fines concretos.

En otros países[36], sin embargo, como Estados Unidos o Canadá se permite que las Fundaciones se constituyan bajo la forma de sociedades anónimas. En otros, como Israel, se conoce la denominada «sociedad de beneficio público», existiendo también las Fundaciones comerciales en países como Luxemburgo, Dinamarca, Noruega o Suecia, en donde la Fundación se nutre de la empresa nodriza que tiene por objeto, no la obtención de beneficios, sino el de proveer de fondos a la Fundación para que sin ánimo de lucro realice las actividades que le son propias.

De igual modo, se puede producir el fenómeno inverso; es decir, que las empresas creen Fundaciones para fines sociales, a la vez que se hacen publicidad con las actividades de ésta y se benefician de los incentivos fiscales que son propios a este tipo de entidades[37].

En España, sin embargo, *las Fundaciones no pueden adoptar formas societarias*[38], pues ya se ha dicho que se trata de entidades diferentes. No obstante, *en ocasiones las Fundaciones pueden actuar en el tráfico mercantil como si fueran auténticas empresas.* Así, el art. 28 del Reglamento de Fundaciones Culturales permite a estas entidades la realización de actividades mercantiles o industriales que sean estrictamente necesarias para el mejor cumplimiento del fin fundacional, siempre que se dé cuenta de ellas al Protectorado, sin que, en los demás casos, estas Fundaciones puedan ejercer por sí mismas estas actividades, sin previa y expresa autorización de aquél. Y es aquí donde reside el fundamento de la contemplación expresa de las Fundaciones en el art. 297 CP y su equiparación a las sociedades a efectos de la aplicación de los delitos societarios.

5. Otras entidades de análoga naturaleza que participen de forma permanente en el mercado

Finalmente, el art. 297 incluye en el concepto penal de sociedad a: «otras sociedades de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participen de modo permanente en el mercado». *Se trata de un concepto que introduce un grado importante de indefinición* en el precepto[39], por lo que plantea numerosas cuestiones a resolver por el intérprete jurídico. A este respecto, se plantea la cuestión de si tal «coletilla» hace *referencia* a todas las entidades recogidas en el precepto o, por el contrario, únicamente hay que ponerla en conexión con las mencionadas en último lugar, es decir, las sociedades mercantiles.

La doctrina que ha tratado la cuestión se encuentra dividida al respecto. Así, *un primer sector doctrinal*[40] *entiende que esta referencia final del precepto hay que relacionarla con las sociedades inmediatamente antes mencionadas, a saber, las sociedades mercantiles.* Es decir, que las sociedades que participan de modo permanente en el mercado deben ser de análoga naturaleza a las sociedades mercantiles. En este sentido, como éstas últimas tienen por rasgo definidor (frente a otros tipos de sociedades) la obtención de beneficios y el ánimo de lucro, estas otras sociedades análogas han de tener este fin también como objetivo. *Así, la referencia a la actuación de modo permanente en el mercado equivaldría a actuar, más allá de sus fines reconocidos, con propósito de lucro y con intervención en las relaciones económicas de intercambio.* Ejemplo de ellas podrían ser las *agrupaciones de interés económico,* las *sociedades de inversión mobiliaria*[41], las *sociedades gestoras de fondos de pensiones*[42], o las *sociedades agrarias de trasformación*[43].

---

[36] Sobre la constitución de las Fundaciones como sociedades y la cuestión de las Fundaciones-Empresas en Derecho comparado, ver Prada González, José María De (Dir.): *Hacia una nueva Ley de Fundaciones.* (Seminario celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo de Santander, en julio de 1991. Santander: Fundación Marcelino Botín, 1992, pág. 108.

[37] Así, las Fundaciones de Sociedades anónimas deportivas, o de conocidas multinacionales como *Carlsberg, Olivetti,* o de famosos empresarios que regentan dichas multinacionales como la Fundación *Agnelli* (propietario del grupo turinense *Fiat-Alfa Romeo-Ferrari*).

[38] A excepción de determinadas Fundaciones que podríamos llamar especiales, como las Cajas de Ahorros, que han de adoptar por ley la forma de sociedad anónima

[39] Gonzalez Vizcaya, Eduardo. «Los *delitos societarios* en el nuevo Codigo Penal», en *Actualidad Penal,* 1977, Volumen I, núm. 10 (3 a 9 de marzo), Doctrina XII, pág. 232

[40] Jiménez Villarejo, Carlos: «De los *delitos societarios* y contra los consumidores», en *Revista Jurídica General / Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid,* 1996, num 1 (monográfico sobre «Las penas y el delito societario en el Codigo penal»), 3ª época, abril-mayo, pág 20; Moreno Canoves, Antonio / Ruiz Marco, Francisco: *Delitos socioeconomicos,* op. cit., pág. 350

En el mismo sentido parecen manifestarse, aunque no queda claro: Faraldo Cabana, Patricia: *delitos societarios,* op cit., pag 109, Valle Muñiz, José Manuel: «*delitos societarios*», op. cit, pág 665

[41] Han de adquirir la forma de sociedades anonimas. Al respecto: Uria, Rodrigo: *Derecho Mercantil,* op. cit., pag. 448, num. marg. 457.

[42] Ver al respecto: García de Enterría, Javier: *delitos societarios,* op. cit., pag. 40.

Por su parte, *se manifiestan en favor de la inclusión de las Gestoras de Fondos de Inversión dentro del art. 297 CP,* Bufete Ramón Hermosilla. Abogados y Cía.: *delitos societarios,* op cit, pág 27; Sánchez Alvarez, Manuel María: *apropiacion indebida,* op. cit., pags. 46 y 47, para quien los Fondos de Pensiones o los Fondos de Inversiones son sociedades colectivas, debido al papel que tal tipo juega como sociedad general del trafico, lo que permite recoger a todas las figuras atípicas de caracter mercantil. Así, tal consideracion como sociedades colectivas y, en consecuencia, mercantiles de los citados Fondos, permite a dicho autor incluirlos dentro del concepto penal de sociedad ofrecido por el art. 297 CP.

En cualquier caso, y *aunque se entendiera que los Fondos de pensiones o de Inversiones no son sociedades, tampoco habría ningún problema en torno a la aplicación, por ejemplo, del art. 295 CP, puesto que sí lo son, y anónimas, las sociedades gestoras de tales fondos* Al respecto. Uria, Rodrigo: *Derecho Mercantil,* op. cit., pág. 451, núm marg. 459.

[43] Que, a pesar de ser sociedades civiles, su objeto social incluye actividades jurídico-mercantiles, al poder dedicarse a la produccion, transformación y comercialización de productos agricolas, ganaderos y otras actividades de mejora del medio rural. Ver al respecto: Serrano Soldevilla, Alfonso Diego «Las *sociedades mutualistas y las instituciones de inversion y financiación colectivas*», en Jiménez Sanchez, Guillermo J (Coordinador): *Lecciones de Derecho Mercantil, 3ª ed.* Madrid

Sin embargo, tal interpretación no resulta del todo coherente con la redacción del art. 297 CP[44]. Y ello tanto por razones gramaticales, como teleológicas y, político-criminales. Desde el punto de vista gramatical, como ha advertido Rodríguez Ramos[45], *lo lógico es mantener que el punto de referencia de la coletilla final del precepto son el conjunto de sociedades mencionadas en el mismo, pues de lo contrario —dice este autor— se debía haber situado otra partícula «o» antes del término sociedades mercantiles*[46]. Pero por encima de criterios de orden gramatical más o menos convincentes, existen aún otros argumentos teleológicos. En este sentido, *si únicamente se quisiera dar protección jurídico penal a las sociedades que tienen por objeto la obtención de beneficios a través del desarrollo de una actividad económica o industrial, no se comprende por qué el legislador ha sustituido la referencia a las sociedades mercantiles utilizada en los Proyectos de Código penal anteriores por un concepto penal de sociedad mucho más amplio, que incluye otras sociedades y entidades que no gozan de naturaleza mercantil. Especialmente demostrativa en este sentido en la mención expresa de las Fundaciones que, como se sabe, no se caracterizan precisamente por tener como fin la obtención de beneficios, e incluso se podría discutir, por qué no, en relación a las* sociedades deportivas *no mercantiles*[47]. A este respecto, resulta obvio que tanto las Fundaciones como las sociedades deportivas no actúan más allá de sus fines reconocidos y con propósito de lucro[48]. Desde un punto de vista político-criminal, puede resultar útil el ejemplo propuesto por los profesores Moreno Cánoves y Ruiz Marco[49]:

«[...] supongamos una asociación de interesados en el juego del ajedrez, para cuyo fin se asocian con sometimiento a unos estatutos que regulan su funcionamiento, órganos sociales, régimen patrimonial, etc.; parece evidente que la "sociedad" así conformada participara en el mercado de modo permanente, puesto que tendrá domicilio, tal vez un empleado, consumirá energía electrica, contratara y ulitzara un teletono, etc., y sin embargo resultara difícil incardinarla en el art. 297 CP porque su naturaleza no es análoga a la de una sociedad mercantil. Mas si idéntica asociación adopta la forma de alguna entidad regulada por el Código de Comercio, o ley mercantil, entonces entrara de lleno en el ámbito de aplicación del Capítulo XIII »

Y tienen razón los autores en que no resulta político-criminalmente aceptable que la misma «asociación» resulte o no encuadrable en los delitos societarios en función de una mera formalidad. Sin embargo, lo que no resulta adecuado es mantener tal disparidad de tratamiento como hacen ellos, argumentando que las entidades análogas lo son únicamente de las sociedades mercantiles. Pues de mantener la interpretación contraria (que entiendo perfectamente compatible con el tenor literal del precepto), es decir, aquélla que estima que las entidades análogas lo son de todas las recogidas previamente en el precepto, tal disparidad de tratamiento penal en función de cuestiones formales no se daría, pues la asociación del ejemplo podría ser una entidad de análoga naturaleza, por ejemplo, a las Fundaciones o a las Sociedades Anónimas con fines deportivos, y ello aunque no revistiera la forma jurídica de sociedad mercantil.

Así, habrá que entender que la referencia final a las sociedades de análoga naturaleza se encuentra conectada con todas las sociedades y entidades anteriormente recogidas en el precepto. *Esta interpretación permitiría además, incluir en el ámbito de protección del delito que nos ocupa, por ejemplo, a las sociedades civiles*[50]. En efecto, a pesar de las distintas posiciones doctrinales[51] al respecto, pare-

Tecnos, 1995, pag. 273; Vicent Chuliá, Francisco: *Sociedades*, op. cit., págs. 1010 y 1011.

[44] En este sentido. González Cussac, Jose Luis: «*Delitos societarios*», op. cit., pág. 495. Rodriguez Ramos, Luis: «*delitos pseudosocietarios*», op. cit., pag 80.

[45] Rodríguez Ramos, Luis: «*delitos pseudosocietarios*», op cit., pág. 80.

[46] De modo que la redacción del precepto seria· «A los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundacion, o sociedad mercantil o cualquier otra sociedad de análoga naturaleza que [...]»

[47] Por no estar constituidas bajo la forma de anónimas. En España son únicamente tres dentro del fútbol profesional: a saber, el Real Madrid C.F., el F.C. Barcelona y el Atlethic de Bilbao, con presupuestos que en los dos primeros casos superan los trece mil millones de pesetas por temporada.

Asociaciones deportivas *cuya falta de mención expresa ha sido criticada por algún autor.* Así, Moreno Canoves, Antonio / Ruiz Marco, Francisco: *Delitos socioeconómicos*, op. cit., págs. 349 y 350, quienes entienden que, por su falta de mencion expresa y, por la interpretación restringida que debe darse a la «coletilla» final del precepto (conectándola sólo con las sociedades mercantiles), no resultan amparadas por la proteccion del art. 297 CP en relacion a los delitos societarios

En favor de la inclusión de las asociaciones deportivas en el precepto se muestran: Sanchez Alvarez, Manuel María *delitos societarios*, op. cit., pág. 51; Terradillos Basoco, Juan: «*delitos societarios*», op. cit., pág. 263.

[48] Ver también al respecto: Nieto Martín, Adán: *administración fraudulenta*, op. cit., págs. 250 y 251, cita 12 bis; Vicent Chuliá, Francisco· *Sociedades*, op. cit., pags. 1006 y 1007.

[49] Moreno Cánoves, Antonio / Ruiz Marco, Francisco: *Delitos socioeconómicos*, op. cit., pág. 351. Si bien el ejemplo es utilizado por tales autores para criticar la restricción de la «coletilla» a la analogía con las sociedades mercantiles.

[50] Respecto de los actos desleales que puedan llevar a cabo los socios-administradores. A este respecto, el art 1695 CC establece lo siguiente: «Cuando no se haya estipulado el modo de administrar, se observaran las reglas siguientes [. .]. 2ª.- Cada socio puede servirse de las cosas que componen el fondo social según la costumbre de la tierra, con tal de que no lo haga contra el interes de la sociedad o de tal modo que implique el uso a que tienen derecho sus compañeros.»

Asimismo, el art 1692 CC dispone que. «El socio nombrado administrador en el contrato de sociedad puede ejercer todos los actos administrativos sin embargo de la aprobacion de sus compañeros, a no ser que proceda de mala fe; y su poder es irrevocable sin causa legal »

[51] Así, *la ausencia de mención expresa a estas sociedades ha sido criticada por algunos autores* Así, Moreno Canoves, Antonio / Ruiz Marco, Francisco: *Delitos socioeconómicos*, op cit., págs. 349 y 250, quienes entienden que, por su falta de mención y, por la interpretación restrictiva de la «coletilla» final del precepto (conectandola solo con las sociedades mercantiles), no se encuentran protegidas por el art. 297 CP en relacion a los delitos societarios. Para estos autores, la inclusión de las sociedades civiles entre las entidades recogidas por el precepto, vulneraría el principio penal de prohibicion de analogia (con el agravante de que es ademas *in malam partem*) Por ello, entienden que estas sociedades deberían ser recogidas de forma expresa. También entienden que las sociedades civiles no entran en el marco del art. 297 CP. Manzanares Samaniego, Jose Luis «*administradores y altos cargos directivos en el nuevo Código Penal*», op. cit., pág. 289; Nieto Martín, Adan: *administracion fraudulenta*, op cit , pág 249; Sanchez Alvarez, Manuel Maria *delitos societarios*, op cit , pág. 46. 47 y 50

Por su parte, *entienden que las sociedades civiles son encuadrables dentro del concepto legal de sociedad ofrecido por el art. 297 CP.* Bufete Ramon Hermosilla. Abogados y Cía *delitos societarios*, op cit , pág. 27; Conde-Pumpmido Ferreiro, Candido: *Código Penal, II*, op cit., pág. 3057; Faraldo Cabana, Patricia: *delitos societarios*, op cit., pág 108; Muñoz Conde, Francisco. *Parte Especial*, op cit , pag. 456, Queral Jimenez, Joan J.: *Parte Especial*, op. cit., pag. 440, Terradillos Basoco, Juan· «delitos societarios», op. cit., pag. 263.

ce claro que las sociedades civiles han de considerarse incluidas en el art. 297 CP. Ello porque al mencionar el precepto de forma expresa, por ejemplo, a las mutuas y cooperativas, está contemplando auténticas sociedades civiles, pues éstas poseen tal naturaleza cuando funcionan por el sistema de prima variable (art. 124 C. de C.). De este modo, las otras sociedades civiles deben ser consideradas entidades de análoga naturaleza, por ejemplo, a las mutuas y cooperativas civiles. Igualmente, se deben considerar incluidas dentro de la referencia a las entidades de análoga naturaleza las denominadas *sociedades irregulares*. Como más adelante se verá, estas sociedades no son técnicamente encuadrables dentro de la referencia de los arts. 290 a 295 CP a las sociedades en formación, sino que son entidades análogas a las sociedades colectivas mercantiles o a las sociedades civiles[52]. Y lo mismo puede decirse en cuanto a las denominadas *sociedades de hecho*.

Asimismo, la utilización de la expresión «*entidades*» («o cualquier otra *entidad* de análoga naturaleza») en el precepto, no parece resultar casual. Ciertamente, el legislador podría haber empleado otros términos como «sociedad» («o cualquier otra *sociedad* de análoga naturaleza»). Sin embargo, entiendo que la intención del legislador era la de dar protección penal, no sólo a las sociedades no mencionadas expresamente en el precepto (como, por ejemplo, las sociedades civiles), sino también a otras «entidades» (por tanto, con personalidad jurídica propia[53]) que no son «sociedades»; así, las *comunidades de propietarios*[54], *comunidades de dominio*[55], o las simples *asociaciones*[56], entre las que podemos encontrar, por ejemplo, la copropiedad de buques[57], o la asociación entre factor y principal[58]. No así a los Entes públicos dotados de personalidad jurídica propia pero que no revisten la forma jurídica de sociedad, por

Finalmente, manifiesta sus dudas al respecto. Valle Muñiz, José Manuel: «*delitos societarios*», op. cit., pág. 662.

[52] Sin embargo, estas sociedades se tratan dentro del estudio de las sociedades en formación, por ser discutida en la doctrina su calificación como tales. Las diferencias entre sociedades irregulares y sociedades en formación, así como la aplicación a las primeras del régimen de las sociedades colectivas a las que son análogas, se analizan en aquel lugar, al que expresamente me remito

[53] Ver González Cussac, José Luis: «Delitos societarios», op. cit., pág. 495; González Vizcaya, Eduardo: «delitos societarios», op. cit., pág. 232; Queralt Jiménez, Joan J.: *Parte Especial*, op cit., pág. 439

[54] *En contra de la inclusión en el precepto de las comunidades de propietarios* se ha manifestado Queralt Jimenez, Joan J.: *Parte Especial*, op cit., pag 440, porque no operan en el mercado. Sin embargo, *entiendo discutible esta argumentación, puesto que las comunidades de propietarios* (propiedad horizontal), *mantienen relaciones jurídicas con terceros*, como contratos de luz, de agua, de mantenimiento de las zonas y servicios comunes (garaje, jardines, ascensor, limpieza escalera, vigilancia, portería), etc

[55] En relación a éstas *se viene a paliar la laguna de punibilidad derivada de su no posible inclusión en el delito de apropiacion indebida en algunos supuestos*. Así, no cabe la apropiación indebida en las comunidades de dominio cuando las cuotas de los comuneros no hayan sido determinadas de forma exacta, pues se ignorará sin el autor sobrepaso la cuota que le correspondía (salvo que, naturalmente, se haya apropiado de la totalidad) En este sentido se ha manifestado: Madrigal Martínez-Pereda, Consuelo: «*Apropiación indebida*», en AA.VV.: *El nuevo Código penal y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico práctico (I). -2-*. Madrid: Recoletos Cia Editorial, 1996, pág. 99.

En relación a las *comunidades de bienes*, el Grupo Parlamentario Popular presentó una enmienda (núm 609) en el Senado que proponía la sustitución de la expresión introducida en el Congreso «sociedad mercantil, cooperativa o caja de ahorro» por la de «*comunidades de bienes* o cualquier tipo de personas jurídicas». Al respecto: Maciá Gómez, Ramón / Roig Altozano, Marina. *Codigo Penal de 1995*, op cit., pág. 522; Nieto Martín, Adan: *administración fraudulenta*, op. cit., pág. 250, cita 12 bis

La inclusión de las *comunidades de bienes* ha sido discutida desde el punto de vista del principio de legalidad. A este respecto, se plantean importantes dudas en torno a la inclusión en el precepto de determinadas «unidades economicas» que no pueden considerarse «entidades» por carecer de personalidad jurídica propia: así, las *comunidades de bienes* o las *cuentas en participación* Así, se ha dicho, en opinión que comparto, que resulta incompatible con el principio de legalidad entender que son «entidades de análoga naturaleza» a las recogidas en el precepto, pues estas ultimas poseen un rasgo definidor o un mínimo denominador común consistente en que gozan de personalidad jurídica propia. Rasgo del que, carecen estas unidades económicas, por lo que *no pueden ser consideradas «entidades» a efectos penales*. Y tal conclusión la comparto aun sin desconocer las claras críticas que pueden hacerse al respecto, pues resulta obvio que estas unidades económicas «generan núcleos de obligaciones y de intereses similares a los de cualquier estructura genuinamente societaria», por lo que deberían ser incluidas en el precepto. Ver en relación al problema: García de Enterría, Javier: *delitos societarios*, op. cit., pags 40 y 41.

Por su parte, Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido: *Código Penal, II*, op. cit., pág 3057 y; Nieto Martín, Adan. *administracion fraudulenta*, op. cit., págs. 250 y 251, cita 12 bis, entienden que la referencia a las «entidades» no implica necesariamente que éstas hayan de tener personalidad jurídica, sino que alberga a cualquier tipo de colectividad con vocación de permanencia en el mercado ofertando bienes o servicios. Por ello, para tal autor, *las comunidades de bienes encuentran acogida en el art. 297 CP* siempre que participen de modo permanente en el mercado Del mismo modo, Queral Jiménez, Joan J *Parte Especial*, op cit., pág. 440, *entiende que sí pueden encuadrarse en el precepto las comunidades de bienes*, siempre que éstas tengan por objeto la copropiedad de activos cuya operatividad se pone en mano común, como demuestra, a juicio de este autor, la mención del art. 295 CP a los cuentapartícipes. Asimismo, se han mostrado partidarios de la inclusión de estas en el precepto: Bufete Ramón Hermosilla. Abogados y Cía.: *delitos societarios*, op. cit., pág. 27; Terradillos Basoco, Juan: «*delitos societarios*», op. cit., pág. 263.

Finalmente, manifiesta sus dudas en relacion a la inclusión en el art. 297 CP de las comunidades de bienes: Valle Muñiz, Jose Manuel: «*delitos societarios*», op. cit., pág. 662.

[56] Pensemos, por ejemplo, en los *Partidos Politicos*, en los *Sindicatos* o, incluso, en las *Peñas de fútbol*.

Ver, Serra Mallol, Antonio Jorge: *El contrato de cuentas en participación y otras formas asociativas mercantiles*. Madrid. Tecnos, 1991

En contra de entender incluidas a las asociaciones en el ambito del art. 297 CP se muestran: Queral Jiménez, Joan J *Parte Especial*, op cit., pág. 440; Sánchez Alvarez, Manuel Maria: *apropiación indebida*, op cit., pág. 46 y 50. También contrario se ha mostrado Nieto Martín, Adán: *administración fraudulenta*, op. cit., pág. 250, cita 12 bis, si bien, por entender que no participan de modo permanente en el mercado ofertando bienes o servicios Sin embargo, lo cierto es que el art. 297 CP no exige que las entidades ofrezcan bienes o servicios en el mercado, sino que participen en él. Y no se puede negar que, tales asociaciones tienen de forma estable relaciones contractuales en el tráfico económico.

[57] A este respecto, el art. 589 del C. de C. señala que si dos o más personas fueren partícipes en la propiedad de un buque mercante: «se presumirá constituida una Compañía por los copropietarios». Para cuya administración se nombrará un gestor/director que ejercerá la representación de la Compañía (art 594 C. de C.), y rendira cuentas a los asociados de cada viaje del buque (art. 599 C de C). Ver más ampliamente sobre el particular, Serra Mallol, Antonio Jorge. *contrato de cuentas en participación y otras formas asociativas mercantiles*, op. cit., págs. 153 a 159.

[58] A este respecto, el art. 288 C. de C. dispone que el principal podrá interesar al factor en algunas operaciones, participando en las ganancias en funcion de sus aportaciones. Ver mas ampliamente sobre la cuestión, Serra Mallol, Antonio Jorge. *contrato de cuentas en participación y otras formas asociativas mercantiles*, op cit., págs 149 y 150.

ejemplo, las *universidades*[59]. La cuestión de si las *sucursales* son entidades análogas es, sin embargo, mucho más fácil de solucionar. Tal pregunta debe a mi juicio tener una respuesta negativa, sin que ello signifique que las conductas fraudulentas llevadas a cabo en las mismas no sea punible de acuerdo con el art. 295 CP, puesto que se trata de partes integrantes de la propia estructura empresarial. De este modo, *las sucursales no son sociedades (ni análogas, ni no análogas) autónomamente consideradas, sino que forman parte de las mismas, por lo que ya están incluidas dentro de la referencias típicas a las sociedades.*

Por último, también hay que llamar la atención sobre la *indeterminación* que supone la mención a la *participación de modo permanente en el mercado*[60] *para el cumplimiento de sus fines*. Así, el carácter de *permanencia*, la ambigüedad del término *mercado*, y las dificultades de distinción entre el *fin* y el objeto sociales saltan a la vista[61]. Asimismo, la exigencia de permanencia en el mercado de entidades análogas podría originar dudas respecto de la inclusión en el ámbito de protección de los delitos societarios de aquellas *entidades de corta duración*, también llamadas *sociedades ocasionales* que se constituyen para la realización de actividades concretas y determinadas[62]. A este respecto, la doctrina[63] se ha inclinado por entender a estas sociedades, como las *uniones temporales de empresas* dentro del concepto penal de sociedad. En estos supuestos, me parece razonable la interpretación del profesor García de Enterría[64], quien entiende que *lo determinante para la inclusión de estas entidades en el precepto no ha de ser el carácter indefinido del período de constitución, sino la creación de una estructura societaria estable y definida susceptible de poner en juego los intereses tutelados.*

III. LAS SOCIEDADES EN FORMACION

El concepto penal de sociedad ofrecido por el art. 297 CP ha de ser completado, a efectos de los delitos societarios, con la referencia de los arts. 290 a 295 CP a las *sociedades constituidas o «en formación»*. Las sociedades en formación son aquellas que están en trámite de constitución; es decir, en las que existe un pacto social de crear la sociedad, sin que ésta se haya inscrito todavía en el correspondiente Registro Mercantil, pero existiendo en los fundadores intención de cumplir con el requisito registral[65]. Tales sociedades se encuentran reguladas en el art. 15 LSA que, admite la posibilidad de que los administradores de estas «sociedades» no inscritas realicen actos y contratos (arts. 15.1 LSA y 14.1 LSRL), obligando a la sociedad por los mismos cuando sean realizados dentro de las facultades que la escritura les confiere (arts. 15.2 y 3 LSA). Por lo que se trata de un «terreno abonado» para la realización de conductas fraudulentas en perjuicio de la sociedad[66].

Así, *dentro de la referencia a las sociedades en formación se puede encuadrar, sin mayores problemas, a las denominadas sociedades de fundación simultánea*[67] (arts. 14 a 18 LSA). Sin embargo, existen otros supuestos de dudosa inclusión, como los de las «sociedades irregulares» o las «sociedades de hecho», que seguidamente se analizan en torno a su posible consideración como sociedades en formación a los efectos típicos que nos ocupan.

1. Las «sociedades irregulares»

En este apartado se debe discutir la posible inclusión de las denominadas *sociedades irregulares.*

---

[59] *La ausencia de mención expresa de estas instituciones ha sido criticada por la doctrina.* Así, Moreno Canoves, Antonio / Ruiz Marzo, Francisco: *Delitos socioeconomicos*, op. cit., pág. 349. Si bien, como ha destacado Nieto Martín, Adán: *administración fraudulenta*, op. cit., pág. 251, en la medida en que éstas obren adscritas a un régimen jurídico público, no puede establecerse una relación de analogía con las sociedades designadas en el art. 297 CP, debiendo aplicarse, por ejemplo, el delito de malversación de caudales públicos, en lugar de la administración desleal de sociedades.

[60] Concepto éste que se ha tomado del art. 1º de la Ley de Competencia Desleal. Ver al respecto: Bufete Ramón Hermosilla, Abogados y Cía.: *delitos societarios*, op. cit., pág. 25.

[61] En este sentido se han manifestado, con razón, Moreno Cánoves, Antonio / Ruiz Marco, Francisco: *Delitos socioeconómicos*, op. cit., págs. 350 y 351.

[62] Hay sociedades que se crean con el fin de organizar o de explotar determinadas actividades que tiene lugar con ocasión de un determinado evento y que, después de cumplida su finalidad, se liquidan. De hecho, una de las causas de extinción de las sociedades es la finalización de la actividad para la que fue creada. Por ejemplo, la sociedad estatal creada para la organización y desarrollo de la *Expo'92*, si bien, esta sociedad era de carácter mercantil y no planteaba problemas en torno a su inclusión en el precepto. Asimismo, muchas cooperativas tienen por objeto la realización de una actividad (por ejemplo, la construcción y adquisición de viviendas de viviendas) en beneficio de sus socios que, cumplida, pierde el sentido la sociedad, por lo que suele disolverse en favor de las nuevas comunidades de propietarios.

[63] García de Enterría, Javier: *delitos societarios*, op. cit., págs. 41 y 42; Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido: *Código Penal, II*, op. cit., págs. 3057 y 3058; Manzanares Samaniego, José Luis: «*administradores y altos cargos directivos en el nuevo Código Penal*», op. cit., pág. 289; Sánchez Alvarez, Manuel María: *delitos societarios*, op. cit., págs 46 y 47, para quien las sociedades ocasionales deben considerarse sociedades colectivas y, por tanto, mercantiles.

[64] García de Enterría, Javier: *delitos societarios*, op cit., págs. 41 y 42.

[65] Ver a este respecto: Menéndez Menendez, Aurelio: «*Sociedad anonima e inscripción en el Registro Mercantil*», (Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 19 de octubre de 1989), en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, 1990, núm XXX, volumen I, pag 23

[66] En este sentido Moreno Cánoves, Antonio / Ruiz Marco, Francisco: *Delitos socioeconómicos*, op. cit., pág 338; Valle Muñiz, José Manuel: «*delitos societarios*», op. cit., pag. 667.

[67] En este sentido: Jiménez Villarejo, Carlos: «*delitos societarios*», op cit., pag. 20.

De este modo, los «promotores» han de responder como administradores de hecho de las sociedades en fundación sucesiva. Así, el art. 31.1 LSA establece que «Los promotores responderán solidariamente de las obligaciones asumidas frente a terceros con la finalidad de constituir la sociedad» y, el art 32 LSA que «Los promotores responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a terceros de [...] los desembolsos iniciales exigidos en el programa de fundación y de su adecuada inversión.»

Sin embargo, los profesores Moreno Cánoves y Ruiz Marco entienden que los promotores no pueden ser sujetos activos de los delitos societarios, pues no concurre en ellos la cualidad de administrador de hecho ni de derecho. Moreno Canoves, Antonio / Ruiz Marco, Francisco: *Delitos socioeconomicos*, op cit., págs. 256 y 257.

No obstante, en la medida en que pueden obligar a la sociedad frente a terceros (art. 31.1 LSA) y realizar desembolsos (art 32 LSA) resulta razonable pensar que han de ser considerados administradores, no de derecho (pues no han sido nombrados para tal cargo), pero sí de hecho.

Dichas sociedades son aquellas que operan en el tráfico jurídico sin reunir alguno de los dos requisitos que exige el art. 119 C. de C.[68], por lo que, aunque aparenten lo contrario, carecen de personalidad jurídica propia y diferenciada de la de sus socios[69]. Por ello, en estos casos, sus administradores no se benefician del privilegio de la responsabilidad limitada, siéndoles de aplicación el régimen de la responsabilidad personal e ilimitada subsidiaria[70]. Se trata pues de sociedades constituidas en escritura pública otorgada ante Notario, pero que ni están inscritas en el Registro Mercantil correspondiente, ni existe voluntad de sus socios de inscribirla[71].

Para algunos autores[72], *este tipo de sociedades*

---

[68] Ver, Farias Battle, Mercedes: *La* sociedad irregular *en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1970-1992)* Madrid: Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid: Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, 1993, págs. 3 y 4; para quien, en términos generales, se podría decir que: «*irregular es toda aquella sociedad que desarrolla su actividad dentro del sector mercantil del tráfico jurídico, pero cuyos miembros han prescindido deliberadamente de las reglas formales de constitución de los tipos sociales mercantiles, no obstante lo cual se presentan en el tráfico jurídico bajo la apariencia de regularidad, es decir, actuando como sociedad.*»

Así, en opinión de Tapia Hermida, Antonio: *La sociedad anónima falta de inscripción registral* Madrid: Civitas / Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, 1996, págs. 106 a 116, las características esenciales son pues, cuatro:

1ª) El otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad (págs. 106 a 109).

2ª) Falta de inscripcion de la escritura fundacional en el Registro Mercantil (pág. 109).

3ª) Voluntad probada de no inscribir la sociedad (págs. 110 a 114)

4ª) Transcurso de un año desde el otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad, sin que se haya solicitado la inscripción en el Registro Mercantil (págs 114 a 116).

A las que habría que añadir unas

5ª) Consistente en la concurrencia de publicidad de hecho (por actuación ante terceros bajo apariencia de sociedad regular) y;

6ª) naturaleza mercantil de la sociedad.

[69] Ello porque el art. 116.II C. de C. requiere, para adquirir personalidad jurídica propia, que las sociedades hayan satisfecho los requisitos del art. 119 C. de C. Asimismo, en relacion a las sociedades anónimas, el art. 7.1.I LSA dispone que: «La sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad anónima su personalidad jurídica.»

[70] Por tanto, el régimen aplicable sera el de las sociedades colectivas o, en su caso, el de las sociedades civiles, por imperativo del art. 16.2 LSA. Ver al respecto: Tapia Hermida, Antonio: *La sociedad anónima falta de inscripción registral*, op. cit., pág. 116.

De este modo, los administradores de la sociedad irregular responderán subsidiariamante por las deudas de la sociedad. Se establece así un sistema de responsabilidad intermedio entre la responsabilidad limitada y la responsabilidad personal del art. 1911 CC., en la medida en que los administradores responden personalmente de las deudas sociales, pero no de forma directa, sino subsidiaria. Ver, Cano Fernández, Emilio: «El aspectos formal de la *representacion de las sociedades mercantiles*. La ejecucion de los acuerdos sociales», en *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, 1989, año LXV, núm. 593, julio-agosto, págs. 1153 a 1181.

Por contra, en favor de la existencia de una responsabilidad directa de los administradores se había manifestado: Langle, Emilio: «La *compañia mercantil irregular*», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1950, núm 25, volumen IX, enero-febrero, primera parte, pág. 27.

[71] Al respecto: Embid Irujo, José Miguel: «Calificación jurídica de la *sociedad irregular*. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 9 de marzo de 1992», en *La Ley*. Madrid, 1997, volumen I, Jurisprudencia, pág. 295; Martínez Sanz, Fernando: «Consideraciones en torno a la *sociedad irregular*. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 9 de marzo de 1992», en *La Ley* Madrid, 1992, volumen 4, Jurisprudencia, pág 182. Ver al respecto con amplia doctrina: Morillas Jariño, María José: «La *sociedad irregular*», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont. Tomo II*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, pags. 2514 y 2515; Menéndez Menéndez, Aurelio: «*Sociedad anonima e inscripcion en el Registro Mercantil*», op. cit., págs. 25 y 26; Valle Muñiz, José Manuel: «*delitos societarios*», op. cit , pag. 665. Si bien, se discute en la doctrina mercantilista si debe ser también aplicable el régimen de las sociedades irregulares para aquellas sociedades que han omitido no sólo la inscripción en el Registro Mercantil, sino incluso la escritura pública.

Con anterioridad a la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, *la jurisprudencia mayoritaria venía reiterando la no configuracion de este tipo de entes como sociedades mercantiles.* Asi, la Sentencia del Tribunal Supremo de, 6 de marzo de 1981 establecía que: «La escritura fundacional de la sociedad anonima habrá de ser inscrita en el RM, como requisito constitutivo para que el ente adquiera personalidad; de suerte que antes del acceso a los folios registrales poniendo remate al proceso de su fundación, la sociedad no existe como tal [..] En nuestro ordenamiento positivo no puede hablarse de la figura de la SA irregular, pues la escritura pública y la inscripcion registral son requisitos esenciales y mientras ambos no se cumplimenten no puede hablarse jurídicamente de SA.» Ver también, las sentencias de 6 de mayo de 1961, 6 de febrero de 1964, 31 de mayo de 1969, 10 de diciembre de 1969, 26 de mayo de 1972, 26 de mayo de 1973, 22 de diciembre de 1976, 22 de febrero de 1980, 9 de marzo de 1981, 21 de junio de 1983, 12 de julio de 1983, 6 de marzo 1981, 19 de noviembre de 1982, 24 de marzo de 1984, 13 de febrero de 1985, 30 de abril de 1986, 15 de diciembre de 1986, 30 de diciembre de 1986, 25 de marzo de 1987. Ver también la Resolución de la DGRN de, 28 de junio de 1985. Reseñas de estas sentencias se pueden encontrar en Navarro López, José Luis: *Ley de sociedades Anonimas (Comentarios y jurisprudencia).* Granada: Comares, 1990, págs. 6 a 17.

De este modo, podría pensarse que sus órganos de administracion no podran ser considerados sujetos activos de los delitos societarios, ya que no se puede —por ejemplo— administrar deslealmente, una sociedad que jurídicamente no existe como tal. Como afirma el profesor Serra Mallol, Antonio Jorge. *cuentas en participacion y otras formas asociativas mercantiles*, op cit., pag. 117: «la idea de sociedad irregular es en si misma contradictoria, si solo puede existir la sociedad como regular, es decir, con la forma y requisitos que señale la Ley, la sociedad irregular es inexistente.» Del mismo modo, Suarez-Llanos Gomez, para quien. «realmente es inconcebible, incluso teoricamente, una sociedad "anónima" irregular.» Suarez-Llanos Gomez, Luis: «*Sociedad anonima en formacion.* Efectos de la escritura antes de la inscripción registral», en *Revista de Derecho Privado.* Madrid, 1964, tomo XLVIII, enero-diciembre, fasciculo de julio-agosto, Jurisprudencia mercantil II: Sociedades mercantiles, pág. 680.

Sin embargo, la realidad, se empeña en demostrarnos como este tipo social *sui generis* opera en el tráfico diario como una auténtica sociedad totalmente constituida. Nada impide que quien dirige la sociedad se lucre personalmente en su labor, perjudicando gravemente con ello a la propia Compañia y a los socios y accionistas Sin olvidar, aunque ésto es discutido, que *la sociedad realmente existe (el contrato de sociedad se ha perfeccionado), aunque solamente despliegue su eficacia a efectos meramente internos.* (En este sentido se han manifestado: Embid Irujo, Jose Miguel: «*sociedad irregular*», op. cit., pag 295; Giron Tena, José: «Las *sociedades irregulares*», en *Anuario de Derecho Civil*, 1951, Tomo IV, Fascículo 4, octubre-diciembre, Estudios monográticos, págs. 1326 y 1327, para quien: «La *forma* no se exige en el Código para las sociedades "*ad solemnitatem*".» De modo que: «La infracción del precepto del art. 119 párrafo primero, no da lugar a la inexistencia, sino a la *irregularidad*»; Langle, Emilio: «*compañia mercantil irregular*», op. cit., pág 16, para quien la sociedad irregular es una autentica sociedad mercantil, aunque produzca sus efectos en el orden interno, por lo que el convenio de constitución de compañia mercantil tiene plena validez y eficacia en el ámbito de los contrayentes; Menéndez Menéndez, Aurelio. «*Sociedad anonima e inscripcion en el Registro Mercantil*», op. cit., pág 44. En contra, Suárez-Llanos Gómez, Luis. «*Sociedad anónima en formacion*», op. cit , pág. 683.) Asi lo establece el art. 16 LSA, de aplicación tambien para las sociedades de responsabilidad limitada en virtud del art. 11.3 LSRL 1995 que ha venido a sancionar legalmente la posibilidad de existencia y validez de una sociedad mercantil, a pesar de haber omitido el requisito de inscripción al señalar que: «Será de aplicacion a la sociedad en formacion y a la sociedad irregular lo dispuesto en los arts 15 y 16 de la Ley de Sociedades Anónimas.» Al respecto: Farias Battle, Mercedes: *sociedad irregular*, op. cit., pág. 6

[72] En este sentido Jiménez Villarejo, Carlos: «*delitos societarios*», op. cit., pags. 20 y 21; Luzón Cuesta, José María: *Com-*

son perfectamente encuadrables dentro de la referencia a las sociedades «en formación». En apoyo de esta tesis se puede mencionar la redacción del art. 16.1 LSA —relativo a la sociedad irregular— que las identifica con las sociedades en formación al establecer que:

«Verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, cualquier socio podrá instar la disolución de la *sociedad en formación* y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones.»

Asimismo, en opinión que comparto de Sánchez Alvarez «*todo induce a pensar que cuando el legislador alude a la sociedad [...] en formación, lo hace sin ninguna pretensión técnica*[73], *guiado exclusivamente por el intento de abarcar la totalidad de la vida de la sociedad, de tal forma que lo que el legislador ha querido decir, aunque mal, es que, a los efectos de ese capítulo, existe sociedad desde el momento en que existe contrato fundacional.*»[74]

No obstante, y a pesar de la intención del legislador, *no debe hacerse una interpretación analógica que permita extender el concepto de sociedad en formación a lo que quiso y debió decir, pero no dijo, en lugar de lo realmente estipulado*. Esta es la posición mantenida por otro sector doctrinal[75] que considera a la sociedad irregular como una figura distinta de las sociedades en formación, con su consiguiente exclusión del ámbito típico. En efecto, técnicamente hablando parece claro que las sociedades irregulares no son identificables con las sociedades en formación, a pesar de que en ambos casos exista un pacto social de constituir la sociedad sin que se haya inscrito éste en el Registro Mercantil. *La diferencia fundamental entre unas y otras estriba en la intención de los socios de inscribir la sociedad en tal Registro (que concurre en las sociedades en formación) frente a la voluntad de los socios de la sociedad irregular de no inscribir*[76]. Tal diferenciación vendría además avalada por la propia sistemática de la Ley de Sociedades Anónimas, que al regular ambos tipos de sociedades, lo hace en preceptos separados; a saber, las sociedades en formación en el art. 15 LSA y, las sociedades irregulares en el art. 16 LSA, de lo que podría deducirse que se trata de figuras distintas[77]. Por su parte, la mención en el art. 16 LSA a las sociedades en formación, lejos de equiparar a éstas con las sociedades irregulares, simplemente pone de manifiesto que la sociedad no inscrita lo es en formación hasta la inscripción y, que una vez verificada la voluntad de no inscribirla, ésta deja de ser sociedad en formación para convertirse en sociedad irregular.

No obstante, *que las sociedades irregulares no sean sociedades en formación no significa, sin embargo, que éstas queden al margen de los delitos de referencia*. Antes al contrario, los actos ilícitos realizados en el seno de las sociedades irregulares deben ser punibles conforme a los delitos societarios. Ello se debe a que el segundo número del art. 16 LSA establece que si la sociedad irregular ha iniciado o continúa sus operaciones, le serán de aplicación las normas de las sociedades colectivas mercantiles, o en su caso, de las sociedades civiles. Con ello, *se efectúa una identificación análoga entre las sociedades irregulares y las sociedades colectivas mercantiles*, de modo que teniendo las primeras vocación de continuar operando y de permanecer el tráfico mercantil, no existe obstáculo alguno que nos permita entender que las sociedades irregulares pueden considerarse «entidades de análoga naturaleza», por ejemplo, a las sociedades colectivas mercantiles[78]. Del mismo modo, cuando las so-

pendio de Derecho Penal. Parte Especial, 6ª ed.. Madrid: Dykinson, 1997, pág. 171, para quien las sociedades *en formación* son las pendientes de inscripción; Manzanares Samaniego, José Luis: «*administradores y altos cargos directivos en el nuevo Código Penal*», op. cit., pág. 289; Muñoz Conde, Francisco: *Parte Especial*, op. cit., pág. 456; del mismo: «*Delitos societarios*», op. cit., pág. 137; Nieto Martín, Adán: *administración fraudulenta*, op. cit., págs. 252 y 253; Rosal Blasco, Bernardo Del: «*delitos societarios*», op. cit., pág. 1418, Rodríguez Montañés, Teresa. *responsabilidad penal del administrador desleal*, op. cit., pág. 122, para quien probablemente resulte preferible una interpretación extensiva y no estricta de la referencia a las sociedades en formación; Sánchez Alvarez, Manuel María: *delitos societarios*, op. cit., pág. 53.

Asimismo, González Cussac entiende que las sociedades en formación son las no inscritas o registradas, de cuya definición se puede inducir la inclusión de las sociedades irregulares dentro de las sociedades en formación. González Cussac, José Luis: «*Delitos societarios*», op. cit., pág. 295

[73] No en vano el concepto penal de sociedad no tiene un contenido técnico, como lo muestra la redacción del propio art. 297 CP al referirse «A los efectos de este capítulo [...]»

Coletilla ésta que, en otro orden de cosas, ha sido calificada de perturbadora, por cuanto induce a pensar que en el Código penal haya otros conceptos de sociedad distintos para otros preceptos. En este sentido: Sánchez Alvarez, Manuel María: *delitos societarios*, op. cit., pág. 48.

[74] Sánchez Alvarez, Manuel María: *delitos societarios*, op cit., pág. 53.

[75] Así, García de Enterría, Javier: *delitos societarios*, op. cit., pág. 44, entiende que las sociedades irregulares no son sociedades en formación, con la consiguiente exclusión del ámbito de protección del Cap. XIII del Tít. XII, sino que, a su modo de ver, *se trata de sociedades «no formadas», que no son lo mismo que «sociedades en formación»*.

En contra, Faraldo Cabana, Patricia: *delitos societarios*, op. cit., pág. 113, para quien la mención explícita a las sociedades en formación en el art. 295 CP no puede sino interpretarse en el sentido de que el legislador ha querido excluir las sociedades irregulares del concepto penal de sociedad

También Valle Muñiz manifiesta sus dudas en torno a la inclusión de las sociedades irregulares entre las sociedades en formación. Valle Muñiz, José Manuel: «*delitos societarios*», op. cit., págs. 662, 665 y 666.

[76] Y es que parece claro que *aunque se trate de supuestos próximos o parecidos, no son idénticos*. Así, la sociedad en formación es aquella que tras un primer periodo de gestión, concluirá adquiriendo personalidad jurídica con su inscripción registral; mientras que la sociedad irregular es aquella que, presumiblemente, nunca va a gozar de dicha personalidad, como consecuencia de su falta de inscripción registral y de la ausencia de la voluntad de sus socios de hacerlo. Ver al respecto, Faraldo Cabana, Patricia. *delitos societarios*, op. cit., págs. 110 a 113, Jimenez Sánchez, Guillermo J.: «La *sociedad anonima en formacion y la sociedad irregular*», en *Derecho Mercantil de la Comunidad Economica Europea. Estudios en homenaje a José Giron Tena*. Madrid: Civitas / Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, 1991, págs. 674 y 680; Menéndez Menéndez, Aurelio: «*Sociedad anonima e inscripcion en el Registro Mercantil*», op. cit., pág. 23, Sanchez Alvarez, Manuel María: *delitos societarios*, op. cit., pag. 53, Terradillos Basoco, Juan. «*delitos societarios*», op. cit., pag. 264

[77] En este sentido: Valle Muñiz, José Manuel «*delitos societarios*», op. cit., pág. 666.

[78] En este sentido: Nieto Martín, Adán: *administracion fraudulenta*, op. cit., pág. 253. Ver asimismo, no ya como sociedades análogas a las sociedades colectivas, sino sobre la calificacion de las sociedades mercantiles irregulares como auténticas y verdaderas sociedades colectivas Embid Irujo, Jose Miguel: «*sociedad irregular*», op. cit., págs. 296 y 297; Martinez Sanz, Fernando: «*sociedad irregular*», op. cit., pags. 184 a 188, Menendez Menéndez, Aurelio: «*Sociedad anónima e inscripcion en*

ciedades irregulares no tengan por objeto social el desarrollo de una actividad mercantil, serán equiparables a las sociedades civiles que, a su vez, son entidades de análoga naturaleza, por ejemplo, a las mutuas y cooperativas que funcionen por prima variable. De este modo, si bien las sociedades irregulares no son sociedades en formación, sí deben considerarse entidades de análoga naturaleza a las sociedades colectivas mercantiles, por lo que, en la práctica, es posible aplicar los distintos delitos societarios a este tipo social[79].

2. Las «sociedades de hecho»

Por otra parte, en la referencia final del art. 297 CP podrían también incluirse, a mi juicio, las denominadas *sociedades de hecho*. Estas sociedades han satisfecho los requisitos de constitución del art. 119 C. de C., pero se encuentran viciadas de nulidad por un defecto en el acto constitutivo sobre alguno de los elementos esenciales del contrato de sociedad[80]. *No se trata propiamente pues de sociedades en formación, sino más bien de sociedades ya formadas, aunque incorrectamente.* Es sabido, que cuando un contrato es nulo, por imperativo del art. 1300 CC, hay que retomar la situación anterior a la celebración de dicho contrato que resultó viciado. Se trata entonces de afirmar que, el contrato y, por tanto, la sociedad, nunca existieron; lo único que hubo entonces fue una ficción. Con esta interpretación, tendríamos que concluir en que, como la sociedad de hecho nunca ha existido, tampoco ha sido sociedad, ni mercantil ni de otra naturaleza[81]. Consecuentemente con ello, habría que entender a estas «sociedades» excluidas del ámbito de protección del Cap. XIII[82].

Sin embargo, entiendo que la legislación —en general— y el art. 1300 CC —en particular— han de ser interpretados a la luz de la realidad. A nadie escapa que una sociedad puede llevar actuando en el tráfico muchos años, antes de que se manifieste que existió un vicio de nulidad en el acto constitutivo de la misma. En estos casos, la experiencia nos muestra que es imposible retomar la situación anterior a la celebración del contrato de sociedad que resultó nulo, deshaciendo cuantas operaciones ha llevado a cabo la sociedad durante largos años. Por eso, en estos casos, no se puede retomar la situación anterior, sino liquidar en ese momento la sociedad, dando por buenos, los actos y contratos llevados a cabo por la misma desde su constitución hasta entonces. Lo que nos lleva, consecuentemente, a dar también por buena la existencia de la sociedad durante este tiempo[83]. Y esto es lo que ha hecho en legislador en el Código penal de 1995 con la mencionada referencia final del art. 297. Con ello, se actúa coherentemente con los dispuesto en los arts. 35.2 LSA 1989 y 17.2 LSRL 1995 que establecen que la nulidad no afectará a la validez de las obligaciones o de los créditos de la sociedad frente a terceros. Cualquier otra interpretación supondría abrir una puerta a la impunidad de hechos que indudablemente merecen una respuesta penal.

---

el Registro Mercantil», op. cit., pág. 47, quien señala la corriente doctrinal que ha terminado por mantener «la validez de las sociedades irregulares personalistas abogando por su subsunción en el tipo de la "sociedad colectiva" —en su función de "sociedad general"— por entender, sin duda, que su riguroso régimen de responsabilidad y de representación salvaguarda suficientemente las exigencias del tráfico mercantil. *Toda sociedad que tenga un objeto mercantil, con una publicidad de hecho y, por tanto, sin el requisito de la inscripción, debe someterse a aquella "conversión" mediante su subsunción en el régimen de la sociedad colectiva.*»

Asimismo, *el Tribunal Supremo* (Sala 1ª) *ha identificado las sociedades irregulares con las sociedades mercantiles colectivas* en las Sentencias de, 30 abril 1983 (Aranzadi, núm. 2200); 21 junio 1983 (Aranzadi, núm 3647); 1 octubre 1986 (Aranzadi, núm. 6903); 20 febrero 1988 (Aranzadi, núm. 1073); 6 octubre 1990 (Aranzadi, núm. 11307).

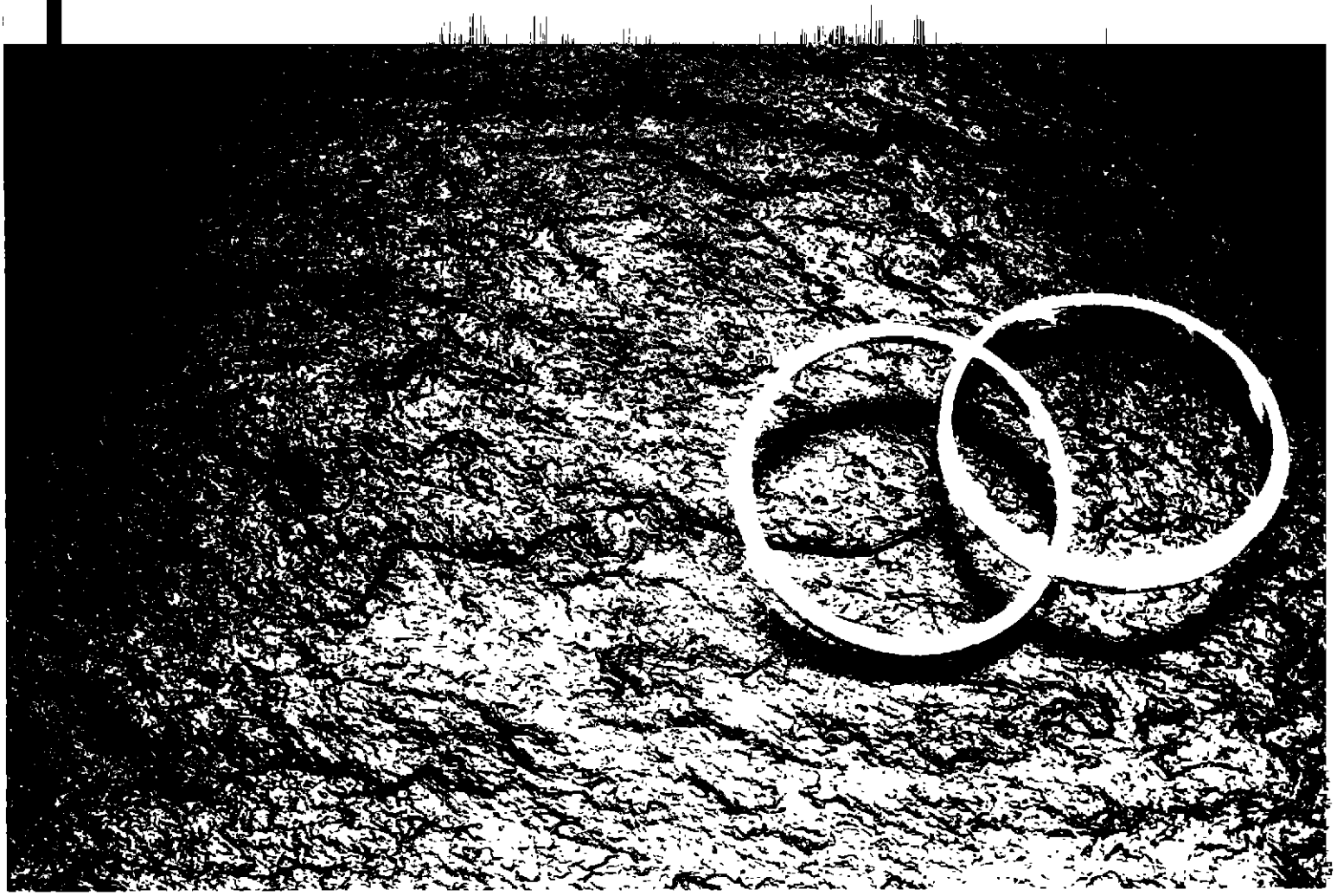
[79] Esta parece ser también la posición del Prof. Terradillos Basoco, Juan: «*delitos societarios*», op. cit., pág. 264, quien mantiene que si bien las sociedades irregulares no son tecnicamente sociedades en formación, deben entenderse incluidas dentro del art. 297 CP. Artículo que, recordemos, no se refiere en ningún momento a las sociedades en formación, por lo que su inclusion en el mismo sólo puede obedecer, a su consideración como entidades de análoga naturaleza.

[80] Tampoco son identificables con las sociedades irregulares. Sobre sus diferencias: Langle, Emilio: «*compañía mercantil irregular*», op. cit, págs. 11 a 14; Martínez Sanz, Fernando: «*sociedad irregular*», op. cit., pág. 183; Menéndez Menendez, Aurelio: «*Sociedad anónima e inscripción en el Registro Mercantil*», op. cit., pág. 21.

[81] Si bien, la como afirma Puig Brutau, *la mayoria de los autores estiman que la sociedad de hecho es un caso de sociedad sin personalidad, pero sociedad, al fin y al cabo* Ver, Puig Brutau, Jose, en los *comentarios* a la obra de Serick, Rolf *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*. Barcelona. Ariel, 1958, pag. 307, cita 75.

[82] De esta opinión: García de Enterria, Javier: *delitos societarios*, op. cit., pág. 44.

[83] La misma opinion se mantiene en Francia, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Así, Launais, Henry / Accarias, Louis: *Droit pénal spécial des sociétés par actions et a responsabilite limitee*. Paris: Librairie Dalloz, 1964, pag. 241, num marg. 281, Verdier, Jean-Maurice: «*Abuso de mandato social* abuso de los bienes y del crédito de la sociedad. Abuso de poderes», en Hamel, Joseph (director). *El Derecho Penal Especial de las Sociedades Anónimas* Buenos Aires: La Ley, 1964, pag. 267 Cour de cassation-Chambre criminelle, 25 enero 1950, *Gazette du Palais*, 14 junio 1950



Aliarse con el Número Uno da Seguridad.

Allianz RAS

SEGUROS

Grupo Allianz. Número Uno de Europa.

Sede Social: Paseo de la Castellana, 39 - 28046 Madrid
Tel. (91) 319 81 08 - Fax (91) 310 01 77
Oficinas Centrales: Tarragona, 109 - 08014 Barcelona
Tel. (93) 228 52 00 - Fax (93) 228 55 20

La prueba pericial en los delitos económicos (con particular referencia a la intervención de los Inspectores de Finanzas del Estado)*

Carlos JIMENEZ VILLAREJO

INTRODUCCION

La criminalidad económica organizada, entre otras muchas consecuencias, ha generado en el proceso penal necesidades que afectan profundamente a la instrucción y al juicio oral, y que inciden notablemente en el enjuiciamiento de aquélla.

Pero previamente al análisis de la incidencia de dicha delincuencia en el proceso, hagamos una breve memoria de antecedentes que expresan la dificultad para afrontar eficazmente la lucha contra tal criminalidad. Prueba de ello es que el Consejo de Europa (R (81) 12) ya reclamó la formación especializada de jueces y fiscales en lo que llamaba "criminalidad de los negocios" a lo que dedicó una Recomendación histórica en esta materia. Por no remontarnos más atrás es suficiente recordar que las Memorias del Fiscal General del Estado de 1984 y 1985 ya hacían referencia a la dificultad objetiva para que la Administración de Justicia respondiera al reto de las nuevas formas de delincuencia

Así decía en la primera de ellas:

"En este grupo merecen renglón aparte ciertos delitos contra la propiedad en los que las conductas delictivas sólo son perceptibles cuando se desmontan complejas apariencias jurídico-contables interpuestas deliberadamente entre los actos criminales y el resultado final que casi siempre son cuantiosas apropiaciones. En estos casos los afectados, muy numerosos en ocasiones, rehúsan embarcarse en denuncias o querellas ante las dificultades de investigar y esclarecer los hechos y perfilar el tipo penal. Lo mismo les ocurre a los órganos policiales y del Ministerio Público, porque ambos dependen de informaciones que únicamente pueden suministrarse tras complicadas pericias. Influye también quizá en los juristas el precedente de la 'actio de repetundis' que los induce a reputar acciones civiles, las que nacen de estos delitos, olvidando que el artificio de las personas jurídicas hacen con frecuencia inútiles las acciones de enriquecimiento. Es más, la pasividad y resignación ante las insolvencias punibles de empresas y sociedades que deja sin castigo a los gestores e intactos su patrimonios individuales, suele ser esgrimida como defensa, mediante la alegación de la habitualidad de esas conductas en el mundo de los negocios..."

Y en la de 1985:

"Encontrar hechos aislados punibles en la maraña de una empresa multinacional rodeada de empresas satélites y concertadas con otras de su misma talla en infinitas vías de contratos o de simples acuerdos ejecutivos entre directores o gerentes no es tarea fácil..."

Estado de insatisfacción que se manifestaba desde las más altas instancias del Estado hasta la doctrina penalista. Así, con motivo de la crisis bancaria de los años setenta, el entonces gobernador del Banco de España se refería en 1983, como causa de dicha crisis, a *"la aceptación muy extendida de dobles contabilidades y balances y cuentas de resultado poco representativas de la situación real de las empresas"*, así como, a la utilización de *"testaferros, personas interpuestas y sociedades paralelas a cuyo servicio estaba la capacidad de captación de depósitos de casi todas las entidades en dificultades..."* [1] Por otra parte, se avanzaba en la construcción de un Derecho Penal economico que, entre otras características esenciales, situaban a las empresas, a través de sus administradores o representantes, como centro de la actividad delictiva y que tenía como objetivo la protección del orden socio-económico nacional e internacional. Construcción doctrinal que sitúa, como una exigencia ineludible para los "actores del proceso", en términos de la ilustre penalista Delmas-Marty, el conocimiento de la actividad empresarial, la crisis de la misma, su relación con la Hacienda Pública, la institución de la competencia y, necesariamente, los instrumentos de su actividad, como la contabilidad, el balance, etc.

Ciertamente, el arsenal legislativo penal y procesal no era tan insuficiente como algunos pretendían hacer creer —siempre han existido las falsedades documentales, la estafa y la apropiación indebida, donde podían incardinarse las conductas criminales

* Texto de la conferencia pronunciada en la Asamblea Anual de la Asociación Profesional de Inspectores de Finanzas y Tributarios

[1] Aspectos jurídicos de las crisis bancarias. Centro de Estudios Judiciales, pag 290

de los empresarios y en el proceso penal siempre ha estado regulada la prueba pericial— pero la conciencia de reproche social era insuficiente y la Administración de Justicia se amparaba en la innegable dificultad de comprensión de la dimensión económica de ciertas conductas delictivas para eludir su responsabilidad cuando, en ocasiones, bastaba unos básicos conocimientos de Derecho Mercantil y el auxilio de unos peritos neutrales, para impulsar y concluir un proceso hasta obtener una sentencia. Pero resultaba preferible la posición de la Sala 2ª del Tribunal Supremo (S. 23.06.1973) llamando la atención sobre el vacío normativo de la legislación penal, que fue afortunadamente superado a medida que se construyó la teoría de los *"negocios jurídicos criminalizados"* o *"vacíos"*, en cuanto *"carentes desde un principio de realidad y seriedad"* (S.T.S. de 28.01.1974 y 05.03.1974).

Hoy ya nadie duda de la trascendencia que ha adquirido la criminalidad económica organizada y de su necesaria represión penal. Basta una referencia muy explícita. En el Informe anual 1996 de la Comisión Europea sobre *"la lucha contra el fraude"* se analizan los *"grandes fraudes transfronterizos organizados"* que tienen como base *"redes de delincuencia que disponen de impresionantes facultades de organización, con una considerable capacidad de movilización en términos de recursos y medios logísticos, así como una estructura distribuida dentro y fuera de la Comunidad."*

En todo caso, el nuevo Código Penal (Ley Orgánica 10/95, de 13 de noviembre) representa un avance decisivo en la configuración de la delincuencia económica desde la precisión de la responsabilidad criminal de quienes actúan en nombre o representación de otro (art. 31) y, sobre todo, por la definición y sanción de los delitos contra el orden socio-económico que se describen en parte del Título XIII y que la Exposición de Motivos parece mencionar como *"nuevas formas de delincuencia"* y el Preámbulo de la Ley creadora de la Fiscalía Especial como *"delincuencia económica"*, frente a la que califica de *"tradicional"*.

No es el momento de estudiar los problemas que plantean dichos delitos. Pero sí dos precisiones, que entendemos útiles para el estudio de la relevancia de la prueba pericial en esos delitos.

a) La primera hace referencia a los rasgos esenciales de estos delitos. Con independencia de la plena autonomía del Derecho Penal de la empresa, en la aplicación de los criterios propios del Código Penal, es una evidencia su relación, no tanto con la economía como con el Derecho Mercantil y Administrativo constituyendo, sin duda, normas penales en blanco. Ciertamente, seleccionadas las conductas determinantes de la sanción penal, aquéllas están repletas de elementos normativos extrapenales que obligan al conocimiento y comprobación de normas del más variable carácter sin las cuales no será posible la incardinación de la conducta en el correspondiente tipo penal. Constatación de que, en algunos supuestos, la conducta típica es la traducción en términos penales de infracciones administrativas de singular gravedad, cuanto además, se ha advertido la manifiesta insuficiencia de la potestad sancionadora en el orden extrapenal. Incluso, en ocasiones, la referencia de la norma penal lo es a un concepto básico, como el de mercado, que ni siquiera está formulado claramente en las leyes mercantiles. Pero en las leyes vigentes ya hay suficientes referencias sobre el funcionamiento del mercado para poder precisar los elementos que lo definen y la razón de su protección penal. Ya, la Ley del Mercado de Valores, 24/88, de 28 de julio, al regular el funcionamiento de la Comisión Nacional le atribuyó la competencia para velar por la "transparencia", "la correcta formación de precios", y "la protección de los inversores" (art. 13), elementos que sustancialmente son los que posteriormente presiden la regulación de los actos de competencia desleal. La Ley 3/1991, de 10 de enero, reguladora de la competencia, persigue que el mercado "no sea falseado por prácticas desleales, susceptibles, eventualmente, de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado", tanto para proteger los "intereses privados de los empresarios en conflicto" como "los intereses colectivos del consumo".

Por otra parte, las leyes aplicables establecen normas específicas que regulan la llevanza de la contabilidad que permita conocer la marcha de las operaciones, la situación de los negocios y su rendimiento en interés de los socios, los acreedores y el propio Estado, siempre en cumplimiento de la Cuarta Directiva comunitaria de 25 de julio de 1978 que estableció un modelo de sociedad mercantil basado en las trasparencia, la publicidad y el libre acceso a los registros. Así el artículo 25.1 del Código de Comercio ordena que "todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada... que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones". Disponiendo, con carácter obligatorio, un Libro de Inventario y Cuentas Anuales y otro Diario cuyo contenido especifica y regula de forma minuciosa. El Código de Comercio en su artículo 34 regula detalladamente las Cuentas Anuales, integradas por el Balance, la Cuenta de Perdidas y Ganancias y la Memoria, que "deben redactarse, con *claridad* y mostrar la *imagen fiel* del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa" (art. 34.1 y 2) y regula detalladamente las Cuentas Anuales consolidadas de los grupos de sociedades (art. 42 y ss). Criterios que hoy están ya recogidos más específicamente, en el Capítulo VII de la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y en particular en el Plan General de Contabilidad (Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre)

Normas contables que, además de su transcendencia jurídica, presentan un evidente contenido económico pues, no en vano, se sitúan *"en el area de la información económica"* de la empresa, según la introducción del Plan General, hasta el punto de que, precisamente en ella, se afirma que el sometimiento de la contabilidad a los principios legales puede exceptuarse cuando ello *"conduzca a que los registros o la formulación de las cuentas anuales distorsione la imagen que un tercero podría formar-*

se sobre la 'verdadera', en términos económicos, situación patrimonial y financiera y de los resultados habidos en el ejercicio" . Previsión que no puede desconocerse para una valoración pericial de los hechos que son objeto del proceso

Igualmente es relevante destacar la incidencia en este sistema penal de la Unión Europea, sobre todo a partir del dato de que más de un 80 por 100 del Derecho Económico de los Estados miembros tiene un origen comunitario. El Derecho Penal económico estará afectado esencialmente por el Derecho Comunitario.

Así se reflejó en la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades. Asimismo, el Derecho Comunitario ha influido tanto para la creación de figuras penales, como el blanqueo de capitales de origen ilícito o el uso de información privilegiada a partir de la Directiva 91/308, de 10 de junio, como para restringir el *ius puniendi* de los Estados miembros como ha ocurrido respecto de los delitos monetarios a partir de las recientes Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

b) La segunda precisión afecta a los sujetos de dichos delitos en cuanto cometidos a través de una organización criminal: *"multiplicidad de personas; rangos de responsabilidades y actividad; voluntad colectiva que transciende cada hecho, operación o sociedad concretos; autores materiales de las conductas individualizadas tipificables, generalmente con muy difícil prueba sobre su vinculación con el conjunto de la voluntad y actividad criminal y con sus líderes o responsables"*, constituyéndose una proliferación de personas jurídicas 4entrelazadas que, con acierto, José Mª Mena, ha calificado como *"un burladero óptimo para evitar la acometida del Derecho Penal y eludir la responsabilidad criminal"* y un verdadero *"laberinto para la investigación e individualización de la responsabilidad penal"* . Complejidad que ha llevado a aplicar al ámbito penal la teoría del *"levantamiento del velo"* como ha hecho la jurisprudencia por entender que *"las formas del derecho de sociedades no pueden operar para encubrir una realidad económica de relevancia penal y por ello ha admitido que los Tribunales pueden 'correr el velo' tendido por una sociedad para tener conocimiento de la titularidad real de los bienes y créditos que aparecen formalmente en el patrimonio social"* (S.T.S. 20.05.1996, caso Bertrán de Caralt).

Como veremos, son cuestiones a las que no puede ser ajena la prueba pericial.

I. EL NOMBRAMIENTO DE LOS PERITOS

La Ley de Enjuiciamiento Criminal es clara y concisa en esta materia.

El artículo 456 determina la razón de ser del nombramiento de los peritos cuando *"para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos"* y el artículo 457 señala que *"los peritos pueden ser titulares o no"*, entendiéndose por los primeros los que poseen título oficial de una ciencia o arte cuyo ejercicio esté reglamentado por la Administración (art. 457), precisando que *"el juez se valdrá de peritos titulados, con preferencia a los que no tienen título"* (art 458). Dado que no se exigen más requisitos, la designación de peritos en los procesos por delitos económicos —a diferencia de otros— había venido recayendo en profesionales que desarrollaban su función en el ámbito de la actividad privada.

Prueba de ello fue que en el Estatuto de las actividades profesionales de los economistas y de los profesores mercantiles, regulado por Decreto 87/1977, de 26 de abril, se atribuyera a los mismos la condición de *"colaboradores auxiliares de la Administración de Justicia y a los efectos de las leyes procesales"* y que *"podrá requerirse la condición de economista o profesor mercantil colegiado cuando haya que designar peritos que deban dictaminar sobre materias económicas, financieras, administrativas o contables de las empresas..."* . Sin que la ley exija mayores aptitudes ni formación especializada cuando el perito debe abordar análisis y valoraciones en el ámbito financiero y contable. Mientras tanto, informes periciales de otra naturaleza, de gran relevancia procesal, eran confiados bien a los médicos forenses —como Cuerpo de funcionarios públicos— con el fin de *"auxiliar a la Administración de Justicia"* (art. 344 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), bien a organismos oficiales como, entre otros, el Ministerio del Interior, en materia de identificación personal y balística y del Ministerio de Sanidad para el análisis de las drogas y sustancias estupefacientes sin que nadie planteara reservas esenciales —con las salvedades que luego se expondrán— sobre la procedencia y validez de los informes emitidos por dichos funcionarios públicos. En todo caso, la actuación de los médicos forenses se produce en cuanto resulta *"necesaria y conveniente la intervención y servicios de* su profesión*"* y la exigencia de actuar con el *"celo, esmero y prontitud"* que el caso requiera, actuación que, salvo en el procedimiento de designación, está sujeta a las normas generales del informe pericial.

Por el contrario, ante la delincuencia economica, como se ha dicho, era frecuente recurrir a profesionales particulares, lo que generaba serios problemas de objetividad e imparcialidad en su actuacion, que en ocasiones se traducía en sorprendentes coincidencias con la pericia aportada por los inculpados o acusados y, por tanto, defensora de sus justificados intereses de parte. Pero, la irrupción de la criminalidad económica organizada, cada vez más compleja como corresponde a un proceso de globalización de la economía, de la que son sujetos activos personas con un relevante poder económico y con una fuerte capacidad de influencia, incluso en el propio aparato judicial desvela, como dice el fiscal M. Marchena, que los preceptos procesales sobre la prueba pericial *"no pueden llegar a proporcionar cobertura normativa —aun forzada— a prácticas impuestas por nuevas formas de delin-*

cuencia", con referencia a lo que se ha dado en llamar *ingeniería financiera*[2]. Y resulta indispensable, en aras del descubrimiento objetivo de la verdad, que la pericia judicial sea confiada a la función pública con preferencia a los censores jurados de cuentas, economistas y auditores y titulares mercantiles. Y es, por todo ello, que planteamos la participación como peritos judiciales de, entre otros funcionarios públicos, de los Inspectores de Finanzas del Estado, pero no como asesores jurídicos más o menos camuflados de los jueces y Tribunales, sino como peritos con plena sujeción a las normas procesales. Ya ejerzan sus funciones en la Administración Tributaria, en la Intervención de la Administración del Estado, en el ICAC o en otros organismos. Y, desde luego, ante cualquier clase de criminalidad económica, en primer lugar, por sus específicos conocimientos y, además, porque aquella comporta de forma casi ineludible la comisión de fraudes tributarios, como se acredita de forma cada vez más palpable.

El punto de partida es el deber de colaborar con la Administración de Justicia derivado del artículo 118 de la Constitución, desarrollado en el artículo 17.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el que se establece que *"todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto"*.

Y, de forma particular, porque este deber genérico de colaboración está explicitado en el Reglamento General de Inspección de Tributos (Real Decreto 939/86, de 25 de abril), en el artículo 7.4 en relación con el artículo 66.4, respecto de los delitos contra la Hacienda Pública y, con carácter general, en el artículo 14 que establece el *"asesoramiento a cualesquiera otras autoridades u organismos que lo soliciten"*, en materias de carácter económico-financiero o técnico; y en el artículo 15.2 que previene que la Inspección desarrollará, entre sus actuaciones, *"las que requieran el auxilio y la colaboración funcional, en sus diversas esferas,... con los órganos del Poder Judicial"* y, finalmente, en el artículo 48.1.b) que reitera el deber de emisión de informes para el Poder Judicial. Colaboración que debe entenderse extendida a quienes desempeñan sus funciones en la IGAE dada sus competencias auditoras descritas en el artículo 17 del Texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/88, de 23 de septiembre, desarrollada en el Título III del Real Decreto 2188/95, de 22 de diciembre. Por tanto, no podemos compartir el criterio de la Resolución de 9 de abril de 1990 de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado a consulta de la IGAE, en cuanto estuviera aplicándose, en la que llega a afirmarse, con notorio error, que la designación judicial de peritos sólo puede recaer en quienes actúan como *"profesionales o prácticos en la materia, en la esfera del Derecho Privado"*, atreviéndose incluso a afirmar que los Juzgados o Tribunales carecen de potestad para designar perito *"en cualquier proceso a un órgano de la Administración del Estado"*.

Una particular significación tiene la colaboración de los Inspectores de Finanzas del Estado en la persecución de los delitos contra la Hacienda Pública. Así lo destacó, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (05.04.94, caso Bertrán de Caralt, Diligencias Previas 421/93 del Juzgado de Instrucción núm. 26 de Barcelona), al referirse a un Inspector de Finanzas, que actuó como perito por *"su acreditada competencia sobre la materia dada su titulación como Inspector de Finanzas"*.

La Constitución española dispone en el apartado primero de su artículo 31 que *"todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio"*. La realización efectiva de este valor constitucional exige la eficacia en la actuación de unos órganos fundamentales en la gestión tributaria como son los que constituyen la Inspeccion de los Tributos. De este modo la inspección tributaria tiene como razón de ser y objetivo primordial preservar la virtualidad de un mandato constitucional, encauzar la gestión de los tributos de manera que la justicia constitucional que inspira las leyes tributarias no resulte menoscabada en el plano de la realidad social como consecuencia de una deficiente aplicación de las normas jurídicas.

Ello implica trabajar en dos líneas fundamentales y, de alguna forma, complementarias:

1) Facilitar el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias, mediante la información y asistencia al contribuyente.

2) Desarrolla una labor de prevención y represión del fraude fiscal..

Una eficaz respuesta penal a las manifestaciones más graves del fraude fiscal ha de constituir uno de los ejes estratégicos de la actuación de la Inspección de los Tributos y en general de la Administración Tributaria.

La AEAT, que tiene encomendadas responsabilidades en la prevención y persecución del delito fiscal es la que debe valorar las medidas a adoptar en relación a la detección y persecución del fraude fiscal de naturaleza punible. Pero desde la perspectiva del Ministerio Fiscal y en especial de la Fiscalía Especial, nos parecería conveniente que desde el momento en que en el curso de una actuación inspectora se adviertan indicios de que el fraude presenta relevancia penal, se suspendan de tal manera que, con remisión del expediente al Ministerio Fiscal, sea este el que dirija y concluya la investigación previa al ejercicio de la acción penal. Porque, como es evidente, el procedimiento administrativo presenta lógicas carencias para profundizar en la investigación de conductas criminales y, por otra, la dilación en la remisión del expediente al Ministerio Fiscal puede favorecer, objetivamente, que el obligado tributario oculte o destruya fuentes de prueba determinantes de la responsabilidad criminal.

Medidas que requieren que la AEAT coopere acti-

[2] De peritos, cuasipentos y pseudoperitos. Poder Judicial núm. 39.

vamente y apoye a los órganos jurisdiccionales implicados en la persecución de esos delitos, las Fiscalías y, en particular, la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción, a la que corresponde el conocimiento de los delitos contra la Hacienda Pública cuando el sujeto infractor, sea una entidad financiera o de crédito en los términos del artículo 77 de la Ley General Tributaria, sea *"la sociedad dominante en el régimen de declaración consolidado"* o *"las entidades en régimen de transparencia fiscal"* y la infracción tributaria, de conformidad con el artículo 79 de la Ley, hubiese generado *"consecuencias de gran trascendencia para la eficacia de la gestión tributaria"* y cuando además *"fuera de especial gravedad el importe de lo defraudado"*.

La convicción de los ciudadanos de que efectivamente se produce un reproche de esa naturaleza, fortalecerá, sin duda, la conciencia cívica de quienes cumplen adecuadamente sus obligaciones tributarias y constituirá un elemento de estímulo y acicate para quienes no atienden satisfactoriamente las cargas públicas.

Es evidente, por ello, que avances sustanciales para conseguir la aplicación efectiva de sanciones penales a los fraudes fiscales graves ha de suponer un incremento de los ingresos tributarios efectuados voluntariamente por el conjunto de los ciudadanos.

No es aventurado afirmar que, en la actualidad, queda un camino importante por recorrer para conseguir un nivel adecuado de eficacia en la persecución de las conductas más gravemente atentatorias para el orden socio-económico.

Si, en un primer momento, la lucha contra el fraude fiscal se integraba en un objetivo unívoco que era la persecución de la infracción administrativa, a partir de la reforma penal de 1985 y, sobre todo, desde la vigencia del nuevo Código Penal, se ha delimitado claramente una dualidad de objetivos que implica estrategias, procedimientos, organizaciones y sistemas de valores diferentes.

Como asimismo, cabe plantear que confirmada la existencia de aquellos indicios, la remisión del expediente al Ministerio Fiscal no está sujeta al ejercicio discrecional de esta facultad en base al principio de oportunidad, ya que la AEAT, como todo organismo público, está obligada por imperativo del artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la denuncia de los delitos públicos, como son los delitos fiscales.

El régimen procesal vigente, concretado en el artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha previsto que el Ministerio Fiscal esté facultado para una investigación preprocesal con el auxilio de la policía judicial.

Ese carácter protagonista del Ministerio Fiscal en la averiguación del delito plantea la necesidad inexcusable de fortalecer y desarrollar los contactos entre ambas instituciones para conseguir una efectiva colaboración en la persecución del delito.

Y es que, si bien al Ministerio Fiscal le corresponde la responsabilidad última de la investigación, así como la determinación jurídica de los elementos y extremos que pueden constituir fuentes y medios de prueba y los requisitos para su validez, es la Inspección de los Tributos la que está llamada a desempeñar un papel de esencial trascendencia para el desarrollo de la investigación, marcando las líneas de trabajo para el descubrimiento de los hechos imponibles efectivamente realizados y calificando los negocios jurídicos instrumentados para la elusión del tributo.

II. LOS DEBERES DEL PERITO

El artículo 474 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que los peritos prestarán juramento o promesa *"de proceder bien y fielmente en sus operaciones"* y de no proponerse otro fin más que el *"descubrir y declarar la verdad"*. Es importante precisar cuál es el alcance de dicho deber y el contenido exacto de proceder *"bien y fielmente"* cuando el objeto de la pericia son actividades económicas que aparecen como el elemento fáctico o presupuesto del hecho presuntamente delictivo que se investiga.

En todo caso, con independencia de que el designado judicialmente como perito tenga o no la condición de funcionario público, dicho deber entraña unas exigencias mínimas. Naturalmente, son escasos los precedentes sobre el alcance de ese deber, que es la primera garantía de objetividad en la emisión de sus conclusiones, en la pericial propia de los procesos económicos. No obstante, el ordenamiento jurídico suministra la base suficiente para concretar el sentido y alcance de aquel deber. Así lo pensamos, partiendo, en la medida en que fuera aplicable, de la Ley de Auditoría de Cuentas 19/1988, de 12 de julio. Si el fin del proceso penal y deber del perito es el descubrimiento de la verdad, la actividad pericial en este ámbito —que versará sobre libros, documentos, papeles y tratamiento informatizado de datos, todos ellos expresivos de una determinada actividad económica— tiene, necesariamente, como objetivo la verificacion de aquella documentación contable y *"en el grado de fidelidad con que representa la situación económica, patrimonial y financiera de la empresa"*, cometido que la Exposición de Motivos de dicha Ley atribuye a la función auditora de las cuentas de una empresa. Es evidente que un informe pericial, por muy amplio y relevante que fuese, no tiene el contenido y la finalidad propios de una auditoría. Pero, dicha Ley contempla, según el artículo 1.1, una técnica de *"revisión y verificación de documentos contables"* para comprobar estos expresan *"la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la empresa"*, es decir, el grado de veracidad de dichos documentos, datos sin duda relevante, en una investigación penal, para comprobar, concretamente en el delito contable del artículo 290 del Código Penal, si aquéllos han sido el instrumento o simplemente expresan un comportamiento punible. Pero, ademas, el perito contable tiene fijados normativamente criterios para acreditar las características que debe rodear a un información económica-financiera tal como se precisan en el Plan General de Contabilidad,

y particularmente en la primera, cuarta y quinta parte del mismo, que, sin duda, son una garantía añadida de la *"bondad"* y *"fidelidad"* en la actuación del perito.

Si el perito es, además, funcionario público, el ejercicio objetivo de su función —en el descubrimiento de la verdad— está garantizado por el deber impuesto a toda la Administración Pública y sus integrantes por el artículo 103.1 de la constitución de servir *"con objetividad a los intereses generales"* que reproducen, con respecto a la Inspección de Tributos, el artículo 7.1 del Reglamento aprobado por Real Decreto 939/1986, de 25 de abril. Desde este presupuesto básico de la actuación de los funcionarios públicos, es consecuente que la jurisprudencia otorgue como veremos una especial relevancia a los dictámenes periciales de los organismos oficiales como, igualmente, resulta difícil construir la recusación por *"interés directo o indirecto en la causa"* a que se refiere el artículo 468.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En efecto, el peritaje institucional hace posible si no la supresión una mayor dificultad para la prosperabilidad de la recusación, especialmente por la razón ya expuesta, ya que será difícil que concurran circunstancias que hagan dudar de su imparcial criterio. Porque no es admisible, como tantas veces se pretende por las partes en los procesos, la pretensión de que la intervención de los funcionarios públicos en un determinado expediente administrativo los descalifica para actuar objetivamente cuando dicho expediente se incorpora a un proceso penal. De mantener tal criterio, el Estado no podría actuar en el proceso penal, ya que sus funcionarios siempre serían recusables, en cuestiones tan relevantes como el análisis de drogas, identificación de huellas, test de alcoholemia, etc. Supuestos en que siempre es el propio funcionario que lleva a cabo la pericia, quien la mantiene y ratifica en el proceso. Por otra parte, el concepto de *"interés"* en la causa para que pueda fundamentar la recusación ha de ser siempre y exclusivamente el *"interés meramente personal"* de los nombrados y, en ningún caso, el que se deriva del cumplimiento de los deberes propios de su cargo, como se ha hecho constar en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1982, referida a la magistratura pero aplicable a los peritos pues, en ambos casos, se trata de garantizar la imparcialidad en el desempeño de sus funciones.

Por otra parte, las causas tasadas de recusación previstas respecto de los peritos son situaciones que, según las reglas de la experiencia, pueden generar en aquéllos una dificultad para emitir su dictamen con serenidad, ponderación y desapasionamiento que es exigible en cuanto está obligado a actuar *"bien y fielmente"* en sus operaciones. Pero, en todo caso, la valoración de la concurrencia de las causas de recusación, según criterio de nuestro más alto Tribunal, debe *"nacer de datos objetivos lógicamente interpretados y no ser, en modo alguno, fruto de caprichosas conjeturas, irracionales obsesiones e interesadas desfiguraciones de la realidad"* (Fundamento Jurídico tercero del Auto de la Sala Especial del Tribunal Supremo, art. 61 LOPJ, de 16.10.96), Auto que resalta como el concepto de *"interés"* sólo puede deducirse de circunstancias personales del recusado y, desde luego, ajenas al proceso y al ejercicio de la función pública que el perito tiene confiada tanto dentro del proceso como extraprocesalmente.

Y, sólo excepcionalmente, admite que el concepto de interés puede deducirse de la actuación estrictamente procesal de un juez, exigiéndose entonces —como sería exigible para los peritos— que los actos judiciales o, en su caso, la actuación pericial, sea *"arbitraria, anómala o extravagante"*. Estamos, pues, ante una interpretación muy restrictiva de las causas de recusación que difícilmente podrían prosperar ante un peritaje institucional.

Criterio mantenido en una resolución judicial relevante sobre la materia, el Auto de la Sección 1ª de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 1997 en el que no se admite la recusación de los peritos judiciales del caso Banesto que son Inspectores del Banco de España.

En efecto, en dicho Auto se plantea de forma restrictiva la interpretación de las normas que regulan la recusación de los peritos. El razonamiento contiene tres líneas esenciales. En primer lugar *"no es suficiente la 'apariencia' de la falta de parcialidad. es necesario, por el contrario, que el Tribunal llege a la certeza o, al menos, alto grado de probabilidad sobre la misma"*.

En segundo lugar el campo de la recusación se reduce cuando se trata de funcionarios públicos. *"Esta idea puede tener relevancia en orden a la apreciación de causas de recusación de peritos designados en su calidad de funcionarios públicos pertenecientes a Instituciones especializadas en la materia objeto de la pericia, y que asumen el deber legal y constitucional de actuar el «interés público» al que sirven (art. 103 CE), pues, en ocasiones, se presentan como los peritos más cualificados por su especialización en el sector concreto que interesa al juez, y, con carácter general, sólo actúan en ejercicio de la función pública que tienen encomendada. En estas circunstancias son, o pueden ser, difícilmente sustituibles, sin merma de las máximas de experiencia que pueden aportar al órgano judicial al que auxilian. No se trata, en consecuencia, como ha apuntado un sector de doctrina, de la «divinización del funcionario público» sino, sencillamente, de atender a la realidad de la existencia de funcionarios especialmente cualificados que deben colaborar con la Administración de Justicia desde posiciones, concebidas en términos generales, de objetividad en atención a su servicio del interés general al que sirve la Administración."*

Y, finalmente, fija, con criterio igualmente restrictivo el concepto de "interés" en la causa: *"El interes, en el sentido de la recusación, no puede coincidir con el interés público que informa la actuación administraativa y al que sirven los funcionarios de determinadas Instituciones sujetas al Derecho Público, sino que debe basarse en la presencia de circunstancias, ajenas a su función pública, que determinen el seguro riesgo de parcialidad en sus conclusiones periciales"*.

III. EL CONTENIDO DE LA PERICIA

Evidentemente, el objeto de la pericia será tal como señala el artículo 475 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el que el juez manifiesta *"clara y determinadamente"* sobre el cual es perito extenderá su informe en los términos previstos en el artículo 478: *"descripción de la* cosa *que sea objeto del mismo"*, expresión nada acorde con la naturaleza de una pericial contable, relatará de forma *"detallada todas las operaciones practicadas... y de su resultado"* y, finalmente, emitirá *"las conclusiones que en vista de tales datos, formulen... conforme a los principios y reglas de su ciencia o arte"*, sin perjuicio de las contestaciones dadas a las preguntas formuladas por el instructor. El objeto habitual de la pericia y para lo que fue prevista, son cuestiones muy distintas a las materias económicas, y que se desenvuelven normalmente en el ámbito de dictámenes médicos, huellas, análisis químicos, etc.

La razón por la que consideramos tan relevante la incorporación de los Inspectores de Finanzas a la prueba pericial está fundada en la especial naturaleza de sus conocimiento científicos, que garantizan un informe y unas conclusiones rigurosas y objetivas, como diría M. Marchena, *"un asesoramiento técnico que permita captar los entresijos de renovados comportamientos delictivos"* . Debe ponerse de manifiesto que los inspectores, en el ejercicio de su competencia, deben disponer de *"una completa información de las actividades económicas de los obligados tributarios"*, lo que representa el conocimiento de la *"contabilidad principal y auxiliar, libros y facturas, correspondencia, documentos y demás justificantes concernientes a su actividad empresarial o profesional"*, además de los *"movimientos de cuentas corrientes, depósitos de ahorro y a plazos, cuentas de préstamos y crédito y de las demás operaciones activas o pasivas de dichas instituciones* las de crédito *con cualquier obligado voluntario"*, según se especifica en los artículos 36 y 38.2 del Reglamento, capacidad y conocimientos que les habilitan para un desarrollo óptimo de la diligencia de la pericia judicial.

Desde estos presupuestos ¿cuál es el objeto de la pericia económica? Con independencia de la especificidad de cada proceso en función de la conducta delictiva que se investiga, tiene muchos elementos propios de una auditoría de cuentas. En efecto, consiste en una revisión y verificación de documentos —en el más amplio sentido de la expresión— que expresan operaciones económica presuntamente ilícitas, para, precisamente, determinar cuál ha sido la irregularidad que, desde la IV Directriz de la CEE, las Leyes mercantiles y el Plan General de Contabilidad, reflejan, con el mayor grado de evidencia y fiabilidad posibles, una transgresión de las reglas que deben presidir la actividad económica y su expresión contable. En definitiva, si el análisis permite deducir la disposición, desviación o sustracción de fondos con el subsiguiente vaciamiento patrimonial, ya de forma directa ya mediante circuitos financieros más o menos encubiertos, con el consiguiente perjuicio al Erario Público o a terceros.

Lo resume, con claridad, Bartolomé Lara al referirse a la exigencia de un experto en los procesos judiciales para la "comprobación de la realidad económica de una empresa, de su viabilidad, de su contabilidad y del origen y destino de los fondos que entran en su tráfico mercantil", si a ello se une *"las mil maneras de desviar la aplicación de partidas hacia otras cuentas"*[3]. Afirmando, además, en el esfuerzo de delimitar el contenido y alcance de la diligencia pericial de naturaleza económica y contable, que los medios para obtener una evidencia suficiente, en cuanto acreditativa de la irregularidad e ilicitud de la conducta que se investiga, son *"la inspección, observación, investigación y confirmación de movimientos y saldos"*, medios que se aplicarán a las anotaciones contables, a su soporte documental, a la información bancaria y registros informáticos, y cuanta información resulte relevante al objeto de la pericia. Siempre, con la finalidad de que las conclusiones puedan alcanzar, en términos de la práctica de una auditoría, una evidencia suficiente acerca de la concurrencia de los elementos fácticos propios de cada hecho delictivo, tal como se describe en los distintos tipos penales.

La casuística puede ser extensísima, en función de la construcción de cada tipo penal, pese a que algún experto en estas materias ha llegado a intentar una *"elaboración, siempre limitada, de los objetivos de una pericia"* [4]

IV. LA NATURALEZA DE LA PERICIA Y SU VALOR PROBATORIO DE LOS EMITIDOS POR ORGANISMOS OFICIALES

La trascendencia de la diligencia pericial la resume claramente la eminente penalista Delmas-Marty cuando define lo que llama la pluralidad de actores común a todos los Estados de la Unión Europea, *"La policía constata la infracción y participa en la investigación; el Ministerio Fiscal ejercita la acción penal; el juez,* ayudado de peritos, *aprecia la culpabilidad y decide la pena"* [5] Los peritos, siempre nos referimos a los designados judicialmente, son, por tanto, una pieza esencial del proceso ya que su aportación suple la ausencia de saberes científicos del juez para que el juez y el fiscal tengan un conocimiento efectivo de los hechos que se investigan, lo que los convierte en colaboradores inestimables para fijar, en el sentido de delimitar y acreditar, los hechos del proceso y contribuir a que pueda procederse a su interpretación y valoración penal. Es, pues, un instrumento fundamental dentro de la práctica de las pruebas por *"el logro de la verdad material"*, además de contribuir a la convicción del Tribunal que juzga[6]

---

[3] B. Lara. *Auditoria y contabilidad en los procesos judiciales* Editorial Deusto.

[4] Jose C. Balagué. *La prueba pericial contable en la jurisdicción civil y penal.* Bosch.

[5] "El proceso penal en Europa. Perspectivas". *Poder Judicial* núm. 37.

[6] E. Pedraz. "Apuntes sobre la prueba pericial en el proceso penal". *Revista de Derecho Procesal*, 1994, num 2, págs 329-348.

En el debate en torno a la naturaleza de los peritos en el proceso penal, sobre si son auxiliares del juez o medios de prueba, compartimos plenamente la tesis del profesor Guasp: *"El perito podrá ser, por tanto, estructuralmente, un auxiliar del juez pero, funcionalmente, no cabe negarle la significación de medio de prueba"*, calificación que hoy es predicable de los médicos forenses en los que concurre la condición de *"auxiliares de la Administración de Justicia"* pero nadie duda del estricto sentido pericial de sus informes. En la pericia contable es evidente que el juez, como ahora viene ocurriendo, puede designar a los expertos públicos que estime pertinentes, pero ello representa que el instructor y el proceso, dependan de la actitud más o menos colaboracionista de la Administración Pública que, por esta vía, puede incidir de forma decisiva en el curso del proceso en función del criterio de selección, de su capacidad y de la dedicación de los funcionarios propuestos, lo que puede ser particularmente grave cuando las personas implicadas están relacionadas con el poder político o económico. Por ello nos parece perfectamente exigible a la pericia económica la formulación de los médicos forenses en los términos previstos en el artículo 508 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: *"podrán prestar servicios en la Administración de Justicia los profesionales y expertos que sean permanente u ocasionalmente necesarios para auxiliarla"*, pudiendo constituir *"cuerpos técnicos o escalas especializadas al servicio de la Administración"*, previsión, a la que no se ha prestado atención alguna, que debería desarrollarse por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial.

Expertos que, desde luego, estarían presentes en el proceso, en calidad de peritos y, por tanto, para aportar un saber especializado y sus máximas de experiencia, es decir, como medio de prueba y sujetos a los principios propios del sistema acusatorio, tanto en la instrucción como en el juicio oral.

Pues bien, es momento de destacar el valor que se reconoce por la jurisprudencia a los informes de los organismos oficiales, particularmente cuando, por su naturaleza, se practican en la fase instructora y no pueden ser reproducibles en el juicio oral.

Como ya se ha dicho, una parte importante de las pericias se producen por organismos oficiales con un *"alto grado de especialización e importantes recursos técnicos"* cuyo reconocimiennto y validez es constante. En la jurisdicción contencioso-administrativa son numerosas las referencias a la *"posición de mayor independencia y objetividad"* de los informes procedentes de los organismos oficiales. Pero igual ocurre, en el orden penal. Entre otras cabe citar la sentencia de 15 de febrero de 1991 (Moyna) que hace referencia *"a las garantías técnicas y de imparcialidad que ofrecen los gabinetes y laboratorios oficiales"*, posición ya uniforme en el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional que implica, por más que suscite críticas en cierto sector de la doctrina, la admisión de que el peritaje institucional o de los centros oficiales, por los principios que rigen su actuación, suscita más confianza en la actividad probatoria[7] La confirmación de ello es su reconocimiento como prueba preconstituida y sus efectos probatorios en el juicio oral. Así lo resume con toda claridad J. María Paz en su importante trabajo sobre la prueba en el proceso penal "El Tribunal Constitucional ha ido confiriendo valor de prueba excepcionalmente a determinadas diligencias sumariales, y así, partiendo de la STC 31/81, de 28-7, que estableció que 'las pruebas a las que se refiere el artículo 741 LECRIM, son las pruebas practicadas en el juicio, y el Tribunal penal sólo queda vinculando a lo alegado y probado en él', el Constitucional ha ido matizando su doctrina. En la Sentencia 145/85, de 28-10, se matiza lo dicho en el año 81, añadiendo que «normalmente» sólo la prueba practicada en el juicio oral es la que sirve para dictar Sentencia, posteriormente aduce como excepción la llamada prueba preconstituida o anticipada, siempre que la misma sea practicada de acuerdo con las exigencias de la LECRIM, y sean de imposible o difícil reproducción en el juicio oral. Es decir, el Tribunal Constitucional admite un valor probatorio a las diligencias sumariales que sean «pruebas presconstituidas», siempre que no puedan reproducirse en el juicio oral, y se respeten los principios de inmediación, contradicción y oralidad, y así la STC 137/88, de 7-7, dice que esta posibilidad está justificada por el hecho de que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, con respeto siempre al derecho de defensa" [8]

Pues bien, diligencias respecto de las que hay una amplia coincidencia en otorgarles el carácter y valor de prueba preconstituida son las periciales. Así se dice expresamente por la STC 24/91: *"Las pericias técnicas constituyen pruebas preconstituidas que despliegan toda su validez si no son impugnadas por ninguna de las partes y son aportadas al acerbo de diligencias"*, que continúa diciendo: *"Estas pericias que más arriba califica de* técnicas —refiriéndose a un certificado médico forense— *practicadas con anterioridad a la celebración del juicio e incluso con antelación al inicio del proceso latu senso entendido, constituyen pruebas preconstituidas que despliegan toda su validez si no son impugnadas por ninguna de las partes y son aportadas al acervo de diligencias"* . Igualmente la STC (Ponencia Ruiz-Vadillo, 29.10.89) *"Si los dictámenes periciales irreproducibles en el acto del juicio han sido efectuados y emitidos por el organismo público competente, no han sido cuestionados ni en su resultado ni la competencia del profesional que lo ha emitido y la parte ha prescindido de solicitar la ampliación o aclaración en el plenario resulta incuestionable que tal dictamen adquiere valor de prueba de cargo..."* . Reiterándose el mismo criterio por StS de 6 de febrero de 1992 (Puerta), de 13 de marzo de 1992 (Delgado) en la que insiste en la aptitud —en los supuestos ya expresados— de las diligencias periciales para ser valoradas como verdaderas pruebas *"máxime si han sido realizadas por un órgano de carácter público u oficial"* . Y, fi-

[7] E. Pedraz. *Valoración de informes periciales. Actualidad Jurídica Aranzadi*, núms. 125 y 126

[8] "La prueba en el proceso penal". *Cuadernos de Derechos Judicial*, pág. 214

nalmente, la STS 427/94, de 1 de marzo: *"...Impugnación que aborda una cuestión ya resuelta tanto por el TC (STC 24/91, de 11-2, por ejemplo), como por esta Sala (SSTS 6.2, 11-3 y 17-11-92, 10-6, 3 y 13-7 y 27-11-93, entre otras muchas), en el sentido de que los informes que provienen de organismos oficiales, practicados durante la instrucción y que ninguna de las partes ha propuesto expresamente para su reproducción o ratificación en el acto del juicio oral, pueden ser valorados por el Tribunal para formar convicción...."*.

En definitiva, las consideraciones anteriores pretenden poner de relieve la trascendencia procesal que tendría que, las periciales contables en los delitos económicos y, en particular, en los que atentan contra la Hacienda Pública, fueran asumidas por funcionarios públicos cualificados. Representaría, ciertamente lo que algún autor ha calificado en tono crítico como una *"oficialización de la pericia"*, pero incorporaría al proceso penal una garantía de imparcialidad en la práctica de la prueba que otorgaría mayor eficacia en la persecución de aquellos delitos. Planteamiento que, por otra, exige que dichas periciales se practiquen con sujeción a los principios que rigen el proceso penal y, desde luego, es compatible con la concurrencia de otros profesionales que el juez estime convenientes para completar la diligencia pericial. Pero, sobre todo, pretendemos que, ante la criminalidad económica, cada vez más grave, sofisticada y de dimensiones internacionales, el proceso penal adecue y modernice sus instrumentos porque, en este ámbito, el Estado no puede renunciar a su colaboración institucional con la Administración de Justicia que no puede quedar abandonada, en una delincuencia de las características expuestas, a las privatizacion de la diligencia pericial dados los graves riesgos de parcialidad que ello entraña.

ADDENDA

En la línea de lo que hemos sostenido anteriormente se ha producido una reforma legislativa que, si no totalmente, contribuye a la creación de un grupo de funcionarios especializados en el asesoramiento de Juzgados, Tribunales y Ministerio Fiscal en materias económicas y financieras. En este sentido en la Ley 66/1997, la disposición adicional quincuagésima sexta reforma la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, constitutiva de la Agencia Tributaria añadiendo al artículo 103.1 de dicha Ley el apartado número 6 en los siguientes términos:

"6. Especialmente, corresponde a la Agencia Estatal de Administración Tributaria el auxilio a los Juzgados y Tribunales de Justicia y al Ministerio Fiscal en la investigación, enjuiciamiento y represión de los delitos públicos. A este fin la Agencia Estatal de Administración Tributaria establecera medios humanos y materiales especializados en el ejercicio de dicha función de auxilio."

Las facultades del juez en relación a la prueba en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de diciembre de 1997

Carlos GOMEZ MARTINEZ

EL MODELO DE JUEZ

Una de las primeras preocupaciones que asaltan al juez en la perspectiva de una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil es, lógicamente, la del papel que le va a ser asignado, es decir la del modelo de juez que se desprende del diseño del proceso y que necesariamente se va a definir por la correlación entre las facultades que se le atribuyan y las que van a ostentar las partes.

No se trata de una preocupación "corporativista" que contemple las prerrogativas del juez como privilegios que le permitan en mayor o menor medida configurar a su gusto el curso del proceso, sino que estamos ante un tema que atañe a toda la sociedad en cuanto que lo que se plantea es si el modelo de juez responde a las funciones que constitucionalmente tiene asignadas y si va a poder desempeñar el papel que, en general, se exige de él.

Basta una ojeada a las opiniones vertidas en la prensa con ocasión de las últimas decisiones judiciales, y a las conclusiones del Libro Blanco de la Justicia confeccionado por el Consejo General del Poder Judicial, junto a las reacciones que ha provocado su publicación, para comprender que esta cuestión del modelo de juez está en el centro del debate sobre la Justicia y que habrá de ser una de las claves de la tan ansiada reforma.

El profesor belga François Ost[1], utilizando la técnica de los tipos ideales de Max Weber distingue tres modelos de juez: el juez-pacificador, el juez-árbitro y el juez-entrenador. El primero es el propio de una sociedad tradicional en la que las reglas de conducta son relativamente poco numerosas y la idea de eficiencia o de progreso está ausente. El juez es el hombre de la concordia y la paz social, que debe llevar a los adversarios a conciliarse.

El juez-árbitro es el de la sociedad liberal en la que las reglas de conducta son más numerosas y rígidas y en la que aparecen las ideas de progreso y de eficiencia, aunque a nivel individual. El juego social es, ante todo, un juego reglado en el que el juez ejerce la función de árbitro con la única misión de garantizar el respeto a las reglas del juego.

El juez-entrenador es el que se corresponde a la sociedad post-industrial en la que las relaciones sociales están hasta tal punto integradas que las eficiencias pretendidas son necesariamente las colectivas. En el juego social el juez es llamado a separarse de su antiguo papel de árbitro para adoptar el papel activo de entrenador que, a través de sus decisiones, se esfuerza en contribuir a la consecución de las finalidades colectivas.

Como advierte François Ost, se trata de modelos de juez que, aunque han ido sucediéndose en la historia, permanecen en mayor o menor medida en las funciones que se atribuyen al juez en el actual Estado de Derecho.

Para poder precisar el modelo de juez por el que se ha optado al diseñar un determinado proceso civil es especialmente ilustrativo el análisis de la regulación de la actividad probatoria. En efecto, si el principio de aportación de parte rige de modo absoluto en esta materia, el juez tiene una función más bien pasiva ya que sus facultades se limitan a poder denegar la práctica de las diligencias propuestas por las partes, pero carece de iniciativa y no puede acordar pruebas que a su juicio serían necesarias para demostrar hechos de importancia en la resolución del litigio: sería un juez-arbitro. Si el juez puede acordar de oficio medios de prueba para acreditar un hecho previamente introducido por las partes en el proceso y de relevancia para dictar sentencia, será el juez-entrendador.

Conviene adelantar que, en mi opinión, en nuestro ordenamiento jurídico al juez civil no le corresponde sólo un papel de árbitro. Al adjetivarse el Estado en el artículo 1 de la Constitución como "social y democrático de derecho", y al atribuir el artículo 9.2 de la Constitución un papel activo a todos los poderes públicos en la efectividad de la libertad e igualdad de los individuos y los grupos, el juez no podrá conformarse con una función de garantía del cumplimiento de las reglas procesales sino que, además, ha de desplegar una conducta positiva en la realización de los valores constitucionales, especialmente el de igualdad de las partes en el proceso.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 52/1989, de 22 de febrero señala que aunque *en los procesos civiles rige el principio dispositivo, según el cual corresponde a las partes solicitar la práctica de la prueba, no puede ignorarse, de un lado, que el órgano judicial ha de tener en cuenta el interes global de los litigantes respecto de su conocimiento, facilitándoles el debate que sobre la misma pueda suscitarse a fin de salvaguardar el principio de contradicción y, de otro, que la vigencia del principio dispositivo no es de carácter absoluto, sino que tiene límites establecidos por el legislador a fin de permitir a los jueces dictar una resolución que lleve*

[1] Ost F., "Juge-pacicateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice", Fonction de juger et pouvoir judiciaire Transformations et déplacements, bajo la dirección de Gerard P de Kervoche. Publications des facultés universitaires Saint Louis, Bruselas, 1983.

a cabo una justa ponderación de los intereses en juego.

Si el principio de aportación de parte debe regir en el proceso con plenitud en su aspecto de que son los litigantes quienes deben introducir los hechos en el proceso, no existe razón alguna para que tal principio impida al juez acordar la prueba necesaria para la acreditación de los hechos controvertidos. Como señala Montero Aroca, *teóricamente, nada se opone a que la facultad de la dirección material relativa a la iniciativa para probar y determinar los medios de prueba que deben practicarse se atribuya también al Juzgador, y así ocurre en muchos ordenamientos procesales*[2]. Es lo que sucede en un derecho tan próximo al nuestro en muchos aspectos como es el francés en el que, a partir del decreto de 9 de septiembre de 1971, se confirieron al juez facultades para desarrollar un papel activo en la fase probatoria, hasta el punto de que se ha dicho, sin duda con exageración, que el actual proceso civil francés es de naturaleza inquisitiva[3].

Por ello la mayor o menor iniciativa que se atribuya al juez en esta materia es una opción del legislador y no cabe, desde el punto de vista de la ciencia jurídico-procesal, defender que una postura sea técnicamente más correcta que otra.

El Libro Blanco de la Justicia (págs. 213 y 214) se pronuncia claramente por incrementar el papel del juez en el proceso civil: *El juez puede y debe instar la aclaración de las alegaciones de las partes, acordar prueba de oficio en los términos expresados en el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil e impulsar de oficio el procedimiento dentro de los límites marcados en la Ley,... No obstante será quizás conveniente que una futura regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil abordara claramente tal cuestión y reforzara aún más los poderes del juez en la dirección del proceso.*

VERDAD SUSTANCIAL *VERSUS* VERDAD FORMAL

Estrechamente ligado con este tema está el de si el juez debe conformarse con alcanzar la verdad formal o si debe intentar fundar la resolución del litigio en la verdad material o sustancial. En esta materia se ha producido una superación de la vieja idea de que una de las diferencias entre proceso penal y civil radicaba en el tipo de verdad que en uno y otro se perseguía: mientras en el proceso penal se pretendería la verdad material o sustancial, en el proceso civil la sentencia se basaría en una verdad formal. Así, para Guasp la actividad probatoria es un *mecanismo de fijación formal de los hechos procesales, un uso de determinados procedimientos procesales con los que simplemente se controlan de modo convencional las alegaciones de las partes*[4].

Pues bien, la evolución de uno y otro tipo de proceso ha diluido esta primitiva diferencia. Por un lado, en el Estado de Derecho la plena vigencia de derechos fundamentales supone una autolimitación del Poder en su actividad de averiguar la comisión de hechos delictivos. A diferencia del proceso inquisitorial en el que la búsqueda de la verdad justificaba la utilización de cualquier medio, en el actual proceso penal garantista el Estado ha de renunciar a la investigación cuando ésta pudiera suponer una vulneración de un derecho fundamental, lo que, en definitiva, significa que la verdad a la que se llegará no será la verdad sustancial sino una aproximacion a la realidad histórica mediatizada por un proceso en el que las pruebas ilícitamente obtenidas carecen de validez (art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

En sentido contrario, en el proceso civil se han incrementado las facultades del juez en relación a la prueba: el artículo 208 de Código Civil, modificado por la Ley de 24 de octubre de 1983, al referirse a los procesos de incapacitación establece que el juez, aparte de practicar las pruebas propuestas por las partes, *podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes.* La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 6 de agosto de 1984 incrementó significativamente las facultades del juez permitiéndole acordar cualquier tipo de prueba como diligencia para mejor proveer. En el mismo sentido de reconocer iniciativa al juez en materia probatoria, la disposición adicional primera de Ley Orgánica 3/1989, de 21 establece, en relación al juicio verbal de tráfico, *que el juez podrá, de oficio o a instancia de parte, solicitar de las autoridades correspondientes los atestados que hubiesen instruido y los informes que juzgue oportunos.* Todo ello sin olvidar las importantes atribuciones que se confieren al juez civil en materia de Patentes y Marcas (art. 129 de la ley 11/1986, de 20 de marzo al que se remite el art. 40 de la ley 32/1988, de 10 de noviembre) publicidad engañosa (art. 29-b de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad) y competencia desleal (art. 26 de la Ley 3/1991, de 10 de enero).

La conclusión que se desprende de cuanto antecede es la de que el juez civil, al igual que el juez penal, posee facultades para intentar establecer la verdad material, con independencia de que, como ocurre también en el proceso penal, el juego de las garantías procesales a veces sólo permite una aproximación a dicha verdad sustancial. Es como si, por exigencias constitucionales e incluso de eficiencia, el proceso penal deba ser cada vez más acusatorio y el proceso civil más inquisitivo.

Es más, parece una exigencia del valor justicia que se proclama en el primer artículo de la Constitución Española que el juez civil dicte sentencia después de agotadas todas las posibilidades probatorias, pues no puede considerarse justa una resolución basada en la falta de acreditación de un hecho que no se ha probado no porque sea de imposible o difícil demostración, sino únicamente porque las partes no han propuesto el medio de prueba idóneo para acreditarlo. La búsqueda de la verdad otorga legitimación a la decisión judicial y por eso

---

[2] Montero Aroca, Juan, "La prueba en el proceso civil", Ed. Civitas, Madrid, 1996.

[3] Solus H. y Perot R., "Droit Judiciaire Privé", Ed Sirey, Paris 1991, Tomo 3, pág 81

[4] Guasp Jaime, "Derecho Procesal Civil", segunda reimpresión de la tercera edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1977, pág 321, tomo I.

dice Ferrajoli, invirtiendo la máxima hobbesiana sobre la legislación, *Veritas, non auctoritas facit iudicium*[5].

Sirva esta introducción para una adecuada comprensión de lo que se quiere decir cuando expreso mi opinión de que el modelo de juez que se dibuja en el borrador de anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil es un juez-árbitro sin los instrumentos para la averiguación de la verdad material que tendría a su disposición el juez-entrenador y con olvido de sus funciones de juez-conciliador.

EL PRINCIPIO GENERAL DE APORTACION DE PARTE EN EL BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

El artículo 328 del anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil atribuye la iniciativa en materia probatoria a las partes al disponer que "sólo se practicarán pruebas a instancia de parte, salvo en los casos en que la ley atribuya al tribunal la facultad de acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos o dictámenes".

Las excepciones al principio general de aportación de parte las hallamos en el propio texto del anteproyecto, en cuyo artículo 752.2, incluido en las disposiciones generales de los procesos sobre capacidad, filiación y matrimonio (libro cuarto, título I, capítulo I), se dispone que "sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el juez podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes". Abundando en este esta misma dirección, el artículo 770.4ª establece que cuando en un procedimiento matrimonial no puedan practicarse todas las pruebas en el acto de la vista, se practicarán en los treinta días siguientes confiriéndose a las partes la posibilidad de completar durante este período su proposición de prueba, pero se añade, también durante este tiempo "el juez podrá acordar de oficio las que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el código civil para decretar la nulidad separación o divorcio".

En cuanto a los "documentos o dictámenes" cuya aportación el juez puede requerir de oficio, puede tratarse de aquellos a los que se refieren las leyes especiales en materia de patentes, marcas, publicidad y competencia desleal, que no están incluidas en las disposiciones derogatorias del anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil.

En los procesos ordinarios, al igual que ocurre en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, se sigue viendo con recelo la iniciativa del juez en relación a la prueba, resultando significativo que en el artículo 398, relativo a la pericial, se permita al tribunal "formular preguntas y requerir explicaciones sobre lo que sea objeto del dictamen aportado", pero "sin poder solicitar, de oficio, que se amplíe" (apartado 4).

[5] Ferrajoli L , "Derecho y Razón", Ed. Trotta, Madrid, 1995, pág 37.

LA SUPRESION DE LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER

Donde este rechazo a la posibilidad de acordar pruebas de oficio resulta más evidente es en la regulación de las que se denominan "diligencias finales" concebidas con carácter tan restrictivo que significan, en la practica, la anulación de la limitada iniciativa de la que, en materia probatoria, venía disponiendo el juez hasta la fecha mediante las diligencias para mejor proveer del artículo 340 y siguientes de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así, para empezar, sólo pueden acordarse si lo solicita una de las partes en el escrito de conclusión (art. 439). Además, se establece que únicamente podrán practicarse en los siguientes casos (art. 440):

1. Cuando no se hubiesen podido proponer en tiempo y forma por las partes.

2. Cuando, debidamente propuestas, no se hayan podido practicar por causa ajena a la voluntad de la parte que la propuso.

3. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de la comparecencia, de relevancia para la resolución del pleito.

4. El párrafo 4 del artículo 440 dispone que "excepcionalmente, podrá también el tribunal acordar que se practiquen diligencias sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, que hayan sido objeto de prueba con resultados infructuosos que puedan atribuirse a circunstancias ya desaparecidas e independientes de la diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas diligencias permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos o proporcionarán los elementos precisos para su valoración. En este caso en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos". No se entiende muy bien a que supuestos diferentes de los del apartado 2 se refiere esta norma, a no ser que se haya querido decir que el apartado cuarto contempla una facultad del juez que no exige la petición de parte en el escrito de conclusión, pero esto no es lo que se desprende del texto ya que el artículo 439 establece el principio de aportación de parte, con carácter general, para todas las "diligencias finales" que regula en el precepto siguiente.

Pero en cualquier caso la iniciativa judicial sería muy limitada en cuanto que la prueba que pudiese acordar el juez como diligencia final, de nuevo, ha de haber sido previamente solicitada por la parte y no practicada por causas ajenas a la voluntad de ésta, y, además, sería "excepcional" y exigiría dictar un auto en el que se efectuara una ponderación sobre las posibilidades de éxito del nuevo intento de practicar la prueba.

Las "diligencias finales" presentan una notable similitud con la actual y la proyectada regulación de la prueba en segunda instancia (arts. 862 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 468 del anteproyecto) y de hecho, en el actual texto se las considera como un filtro más para la prueba en la apelación (art. 468.2.3º del anteproyecto). Su fina-

lidad no es atribuir al juez la facultad, más o menos extensa de practicar prueba de oficio. Al contrario, lo que se pretende es dar otra oportunidad a la parte que, a pesar de haber desarrollado una diligente actividad durante el período probatorio, no ha podido ver practicarse los medios que propuso. Las "diligencias finales" así concebidas parecen tener por objeto únicamente los *nova producta*, y los *nova reperta*, sin correspondencia alguna con las actuales diligencias para mejor proveer que tanto doctrina como jurisprudencia venían considerando como una actividad procesal que, excepcionalmente, se rige por el principio inquisitivo o de investigación de oficio.

En efecto, el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no supedita la decisión del juez a la previa actividad de las partes, a su mayor o menor diligencia o al resultado infructuoso de la prueba intentada. Como viene reiterando la jurisprudencia, no pueden ser utilizadas como remedio a la deficiente actividad de proposición y aportación del material probatorio, sino sólo cuando el órgano jurisdiccional estime preciso acudir a su práctica para formar o reforzar su propia convicción. Estas diligencias para mejor proveer como hoy las concebimos se pueden considerar suprimidas en el nuevo texto.

Sin duda ha pesado en el ánimo de los redactores del anteproyecto la "mala prensa" de la que han gozado las diligencias para mejor proveer, y que ha llevado al Tribunal Supremo a hacer llamamientos reiterados a la moderación en su uso. En efecto, de un lado, especialmente hace algunos años, las diligencias para mejor proveer eran utilizadas como medio de alargar el plazo para dictar sentencia hasta el punto de que, como es bien sabido, en el argot del foro se las denominaba despectivamente "diligencias para mejor dilatar". De otro lado, y ya más recientemente, los juzgados y tribunales habían incurrido en la práctica viciada de denegar alguna prueba añadiendo la coletilla de "sin perjuicio de se pueda acordar para mejor proveer", fórmula que ha sido descalificada tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional como generadora de indefensión.

Sin embargo creo que estas deficiencias se deben, en buena medida, a que las "diligencias para mejor proveer" dan entrada a la iniciativa judicial en materia probatoria al final del proceso. No se incurriría en los vicios denunciados si, como sucede en otros ordenamientos jurídicos, la facultad de acordar pruebas de oficio existiese desde el inicio de la fase probatoria. Así, el artículo 10 del Nuevo Código del Proceso Civil Francés establece que "el juez tiene la facultad de acordar de oficio cualquier medida de instrucción legalmente admisible", y el artículo 143 del mismo texto legal dispone que "los hechos de los cuales depende la solución del litigio pueden, a petición de las partes o de oficio, ser objeto de cualquier medida de instrucción legalmente admisible". Una regulación semejante supondría, además, una garantía de realización efectiva del principio de inmediación (art. 341.2 del anteproyecto) ya que el juez, al ser consciente de que la prueba es una responsabilidad propia que comparte con los litigantes, se vería mucho más implicado en todo lo que afecta a esta actividad procesal. De nuevo aquí la experiencia demuestra que los medios acordados para mejor proveer se practican en mayor porcentaje que los que se proponen por las partes en período probatorio.

Lejos de incrementar las facultades del juez en relación a la prueba, el anteproyecto las restringe reduciéndole a un papel pasivo de árbitro encargado de velar porque los medios probatorios se produzcan con pleno respeto a las reglas del juego pero, a mi parecer, con olvido de que, como dice Guasp, el proceso obedece también al principio de justicia de manera que en él se satisfacen pretensiones, pero no de cualquier modo, sino de manera distinta según que la pretensión aparezca como fundada o no a los ojos del juez[6].

Aunque indudablemente una sentencia basada en la falta de acreditación de un hecho pueda ser plenamente ajustada a derecho por hacerse en ella una correcta aplicación de las reglas sobre reparto de la carga de la prueba, una resolución de tal tipo no satisface intelectualmente al juez —ni creo que responda al valor justicia del art. 1 de la Constitución— cuando la falta de justificación del hecho relevante tan sólo se debe a que no se han agotado todas las posibilidades probatorias. El pre-legislador parte en esta materia de una desconfianza hacia el juez que, sin embargo, no se manifiesta en otros aspectos, como en la atribución al juez de la facultad de recibir el pleito a prueba por la mera circunstancia de constatar la inexistencia de conformidad sobre los hechos (art. 327 del borrador de anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil). Lo que, por otro lado, permite que se produzca la situación de que el Juez acuerde abrir la fase probatoria por entender que existe la controversia sobre los hechos y que, sin embargo, las partes no propongan prueba, por lo que ninguna podría practicarse, quedando obligado el juez a dictar sentencia aun a sabiendas de que puede resultar injusta por un déficit probatorio que no ha podido remediar al carecer de instrumentos legales para ello.

INVESTIGACION DE OFICIO Y REPARTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Puede argumentarse que la atribución de facultades al juez en materia de prueba produce el efecto de diluir las reglas sobre reparto de la carga de la prueba incluidas, a partir de la promulgación de la nueva ley, en lo que será su artículo 216, ya que el artículo 1214 del Código Civil queda derogado.

Sin embargo, y como apunta Le Bars[7] en la expresión "carga de la prueba" pueden distinguirse dos significados: en una primera acepción consiste en la carga positiva de suministrar la prueba, en un segundo sentido equivale a "riesgo de la prueba".

---

[6] Obra citada, pág. 24.

[7] Le Bars T., "Le defaut de Base Légale en Droit Judiciaire Privé", Ed. Librairie générale de droit el de jurisprudence", Paris 1997, págs. 248 a 251.

La carga de suministrar la prueba de un hecho puede ser compartida por la parte y por el juez pero, en cambio, la parte sí sufre, ella sola, el riesgo de la prueba, de manera que si resultan infructuosos sus esfuerzos y, en su caso, los del magistrado, encaminados a constatar un hecho, en la sentencia deberán desestimarse sus pretensiones.

Por ello, la atribución de facultades al juez en materia probatoria en nada afecta a la carga de la prueba si entendemos ésta como "riesgo procesal de la prueba", significado que parece que es el acogido en el artículo 211 del borrador de Ley de Enjuiciamiento Civil al indicarse en su párrafo primero que las normas sobre reparto de la carga de la prueba se aplican cuando "al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión".

LA INTERVENCION DEL JUEZ EN LA GESTION DE LA PRUEBA

Pero, ocurre siempre con ocasión de una reforma legal, sobre todo cuando ha sido, como la presente, largamente esperada, que no sólo se somete a examen crítico lo que efectivamente contiene el texto sino también lo que le falta, es decir, lo que, aprovechando la misma oportunidad, se hubiera podido recoger en él.

Ya se apuntó más arriba que se echaba de menos en la regulación de la prueba en el borrador de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil la atribución al juez de algunas funciones relativas a la gestión de la práctica de la prueba, atribuciones que se corresponderían al modelo del juez-conciliador.

En efecto, la realidad demuestra que en ocasiones la fase probatoria se complica con testigos que se reiteran, con duplicidad de documentos que una y otra parte litigante solicitan, con dificultades materiales para la cumplimentación de los despachos librados por el juez, con negativas de los peritos designados a desempeñar el cargo para el que han sido nombrados, etc. Para solventar estos y otros problemas quizás sería conveniente que el juez tuviese la facultad de convocar, en cualquier momento, a los letrados de las partes, con la finalidad de celebrar una comparecencia informal, en la que se pudiera llegar a acuerdos que facilitarían la práctica de las diligencias de prueba acordadas, en la que las partes y el juez se pudiesen manifestar con entera libertad, sin sujeción a formalismos, y de la que se tomaría nota en los autos sólo si se hubiese llegado a algún tipo de acuerdo.

CONCLUSION

La regulación de la prueba en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil confiere al juez un papel pasivo por la eliminación práctica de su iniciativa en esta materia. El diseño del proceso probatorio responde al modelo del juez-arbitro (en la tipología de François Ost) con olvido de las funciones que en la Constitución se atribuyen a los titulares del poder judicial en orden a conseguir la efectividad de los derechos fundamentales, singularmente el de igualdad real entre las partes, y de las posibilidades de conciliación que pueden ser útiles para la gestión concreta de la práctica de las diligencias de prueba.

¿Qué Tribunal Internacional Penal?

Antonio PIGRAU I SOLE

Durante los próximos meses de junio y julio de 1998 está prevista la celebración en Roma de una conferencia internacional cuyo objeto es la discusión del Estatuto de un tribunal penal internacional permanente. Un hecho que, en sí mismo, tiene una significación extraordinaria.

La intensa y compleja dinámica de los preparativos que suelen preceder a cualquier conferencia internacional hace difícil conocer día a día cual es la marcha de los trabajos y cómo se van aproximando gradualmente las posiciones de los distintos Estados. Pero no es éste el objeto de estas páginas. Se tratará, más bien, de una parte, de presentar el contexto y los antecedentes históricos que hacen posible la celebración de dicha conferencia y, de otra, de situar los elementos más importantes que constituyen el núcleo de la discusión que debería culminar en Roma.

EL CONTEXTO

Los distintos sistemas penales estatales son esencialmente el resultado de un proceso esencialmente autónomo, en el que cada uno de los Estados ha configurado las caracterícticas de dicho sistema y su contenido sustantivo y procesal, incluidas las normas que determinan el alcance de la jurisdicción de sus propios tribunales. A estos efectos de determinar la jurisdicción, el más clásico principio seguido por los Estados en materia penal es el de territorialidad. Sin embargo, como es sabido, la práctica estatal ha desarrollado otros principios inspiradores de la legislación estatal en la materia, como el de personalidad activa o pasiva, o el de protección del Estado[1].

La existencia de distintos principios en las legislaciones penales estatales puede generar la aparición de conflictos de jurisdicción, de tal manera que, ante un mismo hecho delictivo, los órganos jurisdiccionales de distintos Estados pueden considerarse competentes o, a la inversa, puede haber supuestos en que ninguno de ellos se considere competente, por ejemplo, para delitos cometidos en territorios no sujetos a la soberanía de ningún Estado. La prevención de que estos últimos supuestos no se dieran, entre otros motivos, ha llevado a los Estados a adoptar en sus normas internas principios distintos del de territorialidad y, en particular, el llamado principio de universalidad de la jurisdiccion[2] Un principio que atribuye a los tribunales del Estado en el que se encuentra o bajo cuya jurisdicción esta el presunto delincuente, el conocimiento de un delito cometido, con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad de su autor y de sus victimas.

Pero la ley penal estatal no tiene, en principio, un efecto extraterritorial que implique la posibilidad de vincular unilateralmente a los órganos jurisdiccionales de otro Estado. Además, el Derecho internacional no contempla que un Estado pueda hacer valer por sí mismo los efectos de sus propias normas internas en el territorio de otros Estados, mediante actos de ejecución.

La propia coexistencia de distintos principios inspiradores de la ley penal estatal y la búsqueda de su eficacia, cuando alguno de los elementos de un delito se sitúa fuera del propio territorio, en espacios sometidos a la soberanía de otro Estado, es el fundamento lógico de la cooperación penal interestatal. A ello hay que añadir la evolución cuantitativa y cualitativa de la configuración de las actividades delictivas, cada vez más internacionalizadas y, por tanto, la necesidad de adecuar a esa realidad los mecanismos de represión penal[3].

En un primer nivel de cooperación, los Estados se asisten mutuamente, colmando así las lagunas que resultarían de los límites territoriales de las leyes penales estatales[4], para facilitarse mutuamente la

[1] Los principios de territorialidad, personalidad activa y protección del Estado (incluyendo implícitamente la personalidad pasiva) son recogidos ya en la Resolución adoptada por el *Institut de Droit International* en su Sesión de Munich: "Règles relatives aux conflits des lois pénales en matière de compétence", 7 septembre 1883, y también en su posterior modificación, "Le conflit des lois pénales en matière de compétence", 3 août 1931, Session de Cambridge; *Tableau général des résolutions (1873-1956)*, Bâle, 1957, págs. 373-378. En nuestro ordenamiento, la norma de referencia se encuentra en la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, que da cabida, en su artículo 23 a algunos de estos principios, en relación con determinados delitos

[2] La idea de jurisdicción universal, con antecedentes doctrinales que se remontan a Grocio, aparece primero en los derechos internos estales. Al respecto, *vid.* Donnedieu de Vabres, H., "Le système de la répression universelle", *Revue de Droit International Privé et de Droit Penal International*, 1922-23, pags. 557-564 El principio ya aparece reconocido en el art. 10 de la Resolución del IDI de 1883, Session de Munich; IDI, *Tableau général des resolutions (1873-1956)*, Bâle, 1957, págs. 373-376

[3] Se ha venido denominando Derecho penal internacional a la rama del Derecho que se ocupa de estos problemas, aunque puede constatarse un cambio profundo del significado de dicha expresión Comparense en Donnedieu de Vabres, H., *Introduction a l'étude du droit penal international*, Sirey, Paris, 1922, pag 6. cit por él mismo en "Le procés de Nuremberg devant les principes modernes du droit penal international", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Vol 70, 1947 (I), pag. 485, nota 1. y Bassiouni, C., *Derecho penal internacional. Proyecto de Codigo penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1984, pág 50.

[4] Saldaña, Q., "La Justice Pénale Internationale", *RCADI*, Vol 10, 1925 (V), págs. 228-229.

actividad de sus órganos judiciales o policiales. En particular, la cooperación judicial se refiere a la instrucción del proceso penal, la entrega de los presuntos delincuentes mediante la extradición[5], y el reconocimiento y la ejecución de sentencias penales extranjeras. Aunque la asistencia judicial internacional se ha basado tradicionalmente en acuerdos bilaterales basados en la reciprocidad, también se han concluido múltiples convenios multilaterales al respecto[6].

Paralelamente, la práctica internacional ha dado lugar a la adopción de múltiples convenciones, en las que se describen comportamientos individuales punibles penalmente, al tiempo que se establecen ciertos mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad, que se basan en el compromiso de los Estados parte en dichas convenciones de perseguir los correspondientes delitos[7].

La propia dispersión cronológica y la heterogeneidad sistemática y conceptual de estos convenios ha suscitado la necesidad de proceder a una tarea de codificación de los mismos, tarea que ha sido asumida desde instancias académicas, pero también por parte de la ONU, a través de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante CDI)[8].

El fenómeno de tipificación internacional, responde, en sus orígenes, a dos motivaciones distintas. De una parte, se ha utilizado la técnica convencional para una más eficaz represión de delitos tipificados en los derechos internos que, de manera creciente, se presentan con componentes de internacionalidad y, por tanto, cuyos efectos perjudiciales pueden ser sentidos en distintos Estados a la vez, o cuya extensión se percibe como un riesgo para el conjunto de los Estados. De otra parte, se ha procedido a la tipificación de delitos específicamente internacionales, en la medida en que presuponen la existencia de unos principios rectores del orden internacional; un orden necesario para el normal desarrollo de las relaciones internacionales, y directamente lesionado por tales delitos.

En principio, para la persecución y el juicio de delitos o crímenes tipificados internacionalmente y para la determinación de las penas, se aplica un modelo indirecto, que consiste en la utilización del derecho interno y de los mecanismos institucionales de aplicación existentes en cada Estado. Pero para hacer plenamente operativo ese modelo indirecto es preciso asumir un segundo nivel de compromiso; un paso más en la cooperación, que viene dado por una más generalizada utilización del principio de jurisdicción universal. Se trata aquí, más allá de acuerdos entre Estados que permiten activar mecanismos de extensión extraterritorial de la aplicabilidad de sus respectivas normas, de crear un espacio universal de jurisdicción compartida entre todos los Estados, para la represión de determinados comportamientos criminales.

El principio de jurisdicción universal ha sido acogido en diversos convenios internacionales, en relación con muy distintos comportamientos delictivos, siendo la piratería en alta mar el supuesto clásico. Pero no existe todavía un criterio uniforme en la práctica convencional, según el cual el sistema de jurisdicción universal se aplica a todos los tipos penales internacionales[9].

---

[5] Para el caso español, véase Ministerio de Justicia, *Convenios de extradición*, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988.

[6] *Vid.*, Bassiouni, C., "An appraisal of the growth and developing trends of international criminal law", *RIDP*, 1974, nº 3-4, págs. 406-409; para el caso español, véanse los textos recopilados por Espinar Vicente, J.M., Martel Adeler, E.I. (Dir.), Ruiz Enríquez, C. (Coord.), *Normas españolas de Derecho penal internacional*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989; Ministerio de Justicia, *Tratados multilaterales de cooperación jurídica internacional*, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988.

[7] En dichos textos se prohíben, entre otros, hechos como los siguientes: la esclavitud (Ginebra, 1926); los crímenes contra la paz, de guerra y de lesa humanidad (Londres, 1945); el genocidio (Res. 260 A (III) AGNU, 1948); de nuevo los crímenes de guerra (Ginebra, 1949); la trata de personas y de la prostitución ajena (Res. 317 (IV) AGNU, 1949); la piratería en alta mar (Ginebra, 1958); el apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 1970); ciertos actos de terrorismo con trascendencia internacional (Washington, 1971); actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 1971); el apartheid (Res. 3068 (XXVIII) AGNU, 1973); los delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos (Res 3166 (XXVIII) AGNU, 1973), la agresión (Res. 3314 (XXIX) AGNU, 1974); la utilización de técnicas de modificación ambiental con fines militares (Res. 31/72 AGNU, 1976), el terrorismo (Estrasburgo, 1977); la toma de rehenes (Res. 34/146 AGNU, 1979); la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Res. 39/96 AGNU, 1984); el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotropicas (Nueva York, 1988), o actos contra la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado (Res. 49/59 AGNU, 1994).

[8] Destacan los trabajos auspiciados en el seno de la Asociación Internacional de Derecho Penal con miras a la elaboración de un "código penal internacional": Pella, V.V., "Draft code of offences against the peace and security of mankind, Mémorandum presenté par le Secrétariat", Doc. A/CN.4/39, 24 noviembre 1950, pags. 303 y ss. Tras su elección como presidente de dicha asociación, el profesor Bassiouni dirigio entre 1977 y 1979 los trabajos de elaboración de un proyecto de Codigo de Derecho Penal Internacional. Bassiouni, C., *International Criminal Law. A Draft International Criminal Code*, Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan der Rijn, 1980 (también publicado en la *Revue International de Droit Pénal*, Vol.52, 1981-1; traducción española de De La Cuesta Arzamendi, J.L., *Derecho penal internacional. Proyecto de Código penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1984). Con posterioridad el proyecto ha sido revisado y tratado conjuntamente con un proyecto de Estatuto de un tribunal penal internacional: Bassiouni, Ch., *A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1987. Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas encargó a la Comisión de Derecho Internacional — órgano formado por expertos de distintos países— trabajar en torno a lo que entonces se denominó proyecto de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad (Resolución 177 (II), de 21 de noviembre de 1947). Estos trabajos se han desarrollado en dos etapas. La primera culminó con un proyecto de código en 1954. Sin embargo las distintas posiciones sobre el delito de agresion suspendieron los trabajos de la CDI. Una definicion consensuada de la agresión no pudo lograrse hasta la Resolucion 3314 (XXIX) de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1974. En 1981 la Asamblea General pidió a la CDI que reanudara su actividad. En esta etapa la CDI aprobó un primer proyecto en 1991, y ha aprobado, en 1996, el texto final del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad; "Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996", Doc. A/51/10, pags. 16-129.

[9] Por ejemplo no se recoge en los convenios relativos al genocidio, el apartheid o la discriminación racial. Sí se recoge, en cambio, en los relativos a los crímenes de guerra, la captura ilícita de aeronaves o la toma de rehenes. En los derechos internos suele existir una mayor identidad entre jurisdiccion universal y tipificación internacional, Gardocki, L., "General Report Legal Problems Emerging from the Implementation of International Crimes in Domestic Criminal Law", AIDP, Les crimes internationaux et le droit pénal interne, Actes du Colloque Préparatoire tenu a Hammamet, Tunisie, 6-8 juin 1987, *RIDP*, 1989, 1-2, pág. 105. Para el caso español, *vid.* la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985 (BOE, 2 julio 1985), art 23.4, Bueno Arus, F., "Espagne, Rapport National", AIDP, Les crimes

Algunos textos convencionales expresan el principio mediante la máxima *aut dedere, aut iudicare*, que establece para los Estados la obligación de entregar al presunto autor de un delito a otro Estado que lo reclame, o bien incoar el correspondiente procedimiento judicial[10]. El objeto principal de esta norma es precisamente, impedir la inactividad del Estado, que pueda conllevar la impunidad de los presuntos autores del delito contemplado, que se hallen en su territorio o en el ámbito de su jurisdicción.

En este orden de ideas, en el artículo 9 del Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado por la CDI en 1996, titulado "obligación de conceder la extradición o de juzgar", se propone la extensión del principio a la mayoría de los crímenes previstos en el Proyecto de código[11].

En Derecho español, como es sabido, el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, prevé que los Tribunales españoles son competentes para conocer de los delitos cometidos por españoles o extranjeros fuera de España susceptibles de ser tipificados de acuerdo con las siguientes figuras: genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, falsificación de moneda extranjera, los relativos a la prostitución, tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, y cualquier otra que según los tratados o convenciones deba ser perseguido por España. En esta disposición reclaman su fundamento, precisamente, los procedimientos judiciales abiertos en los juzgados centrales de instrucción números 5 y 6 de la Audiencia Nacional española contra los responsables de presuntos delitos de terrorismo y genocidio, durante el período en que sendas dictaduras militares gobernaron Argentina (1976-1983) y Chile (1973-1990); procesos abiertos como consecuencia de las denuncias presentadas en los meses de marzo y julio de 1996 por la Unión Progresista de Fiscales. Dada la redacción del artículo 23.4 de la LOPJ, la jurisdicción de los tribunales españoles está íntimamente ligada a la calificación de los hechos como genocidio o terrorismo. No obstante, la poco disimulada irrupción de argumentos extrajurídicos y de presiones políticas ponen perfectamente de relieve en este caso las implicaciones que puede tener para un Estado el utilizar el principio de jurisdicción universal, lo que contribuye, si no a justificar, por lo menos a explicar, la escasa práctica al respecto.

De ordinario, como hemos visto, el Derecho internacional se ha limitado a tipificar las conductas punibles y ha dejado al ámbito de los ordenamientos estatales la tarea de desarrollar normas que garanticen la persecución y el procesamiento de los presuntos responsables por los órganos estatales, y, en su caso, la imposición de las penas. La previsión de instancias de jurisdicción penal internacional supone, pues, ascender un nuevo peldaño en el nivel de compromiso en la cooperación internacional para la represión penal.

Aunque la gama de razones alegadas es muy amplia, hay un argumento central en la defensa de una jurisdicción penal internacional para juzgar a los individuos que cometen determinados crímenes de especial gravedad, que entran en la categoría de crímenes contra la paz y la humanidad: en la medida en que la comisión de tales crímenes suele implicar, en una u otra forma, a los órganos de un Estado, resulta totalmente estéril, como lo demuestra la experiencia, confiar la represión de los mismos al propio Estado[12] A ello cabe añadir, como antes se apuntaba, la escasa predisposición de los Estados a poner en peligro sus relaciones políticas con otros Estados mediante el empleo del principio de la jurisdicción universal.

EL CAMINO QUE NOS HA LLEVADO A ROMA

La creación de mecanismos de jurisdicción penal internacional no es un proyecto contemporáneo. Por el contrario han sido imaginados y propuestos hace muchas décadas[13] En particular, dieron lugar a un amplio debate entre los especialistas desde principios del presente siglo y ha estado permanentemente en la agenda de la ONU desde su creación.

De ahí que la bibliografía y las propuestas concretas al respecto, incluso en forma de proyectos de estatutos para tribunales internacionales son muy abundantes[14]. Diversas asociaciones científicas, grupos de expertos y órganos intergubernamentales se han pronunciado a favor de su establecimiento, aunque han coexistido muy distintos enfoques: tribunales para juzgar solamente actos individuales o también estatales, para un tipo penal concreto o con carácter general, de ámbito universal o regional, en el seno de las Naciones Unidas o fuera de la Organización, etc.

---

internationaux et le droit pénal interne, *cit.*, *RIDP*, 1989, 1-2, págs. 251-261.

[10] No es unánime la identificación entre el principio de jurisdicción universal y el principio *aut dedere, aut iudicare*, *vid.* Gardocki, L., "General Report .. ", *op.cit.*, págs. 105-106; y las breves consideraciones del Relator de la CDI no hacen distinciones; Thiam, D., "Cuarto informe ...", Doc. A/CN.4/398, cit., pág. 42.; "Quinto informe . ", Doc. A/CN.4/404, cit., págs. 7-8. Se trata de principios distintos para Wolfrum, R., "The Decentralized Prosecution of International Offences through National Courts", en Dinstein, Y., Tabory, M. (Eds.), *War Crimes in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-Boston-London, 1996, págs. 235-236. Sobre el alcance de estas nociones, *vid.* también Schutte, J.J.E., "Enforcement measures in international criminal law", *RIDP*, 1981, nº2, págs. 441-453; Van Den Wijngaert, Ch., "Quelques observations relatives a la partie "Mesures d'execution" du projet de code penal international", *RIDP*, 1981, nº2, págs. 467-473.

[11] Doc. A/51/10, cit., pag. 54. Véanse también los artículos 8 y 10.

[12] Véase, por ejemplo, Comisión Internacional de Juristas, *Hacia una Justicia Universal*, Ginebra, Junio 1993, págs. 20-26

[13] Se menciona como precedente remoto el proceso de Peter Von Hagenbach, gobernador de Breisach, en 1474; Deschênes, J., "Toward International Criminal Justice", *Criminal Law Forum*, Vol.5, nº 2-3, 1994, págs. 250-252.

[14] *Vid.*, Pella, V. V., "Towards an International Criminal Court", *American Journal of International Law*, Vol.44, nº1, 1950, pags 37-68; Wright, Q., "Proposal for an International Criminal Court", *AJIL*, Vol.46, nº 1, January 1952, págs 60-72; Roling, B V A "On Aggresion, on International Criminal Law, on International Criminal Jurisdiction, II", *Netherlands International Law Review*, Vol.II, 1955, págs. 279-289; Greving, G., "La creation d'une Cour pénale internationale· bilan et perspectives", *RIDP*, 1974, nº 3-4, págs. 435-452; "Estudio histórico del problema de la Jurisdicción Penal Internacional (Memorándum presentado por el Secretario General)", Doc. A/CN.4/7/Rev 1, 27 mayo 1949, así como la extensa relacion de antecedentes citada en Doc S/25266, cit., Anexo III, pags. 49-50

Ya el Tratado de Versalles, de 28 de junio de 1919, previó la constitución de un tribunal internacional para juzgar al ex emperador de Alemania, Guillermo II, por sus ofensas "a la moral internacional y a la sagrada autoridad de los tratados". No obstante, el gobierno de los Países Bajos rechazó entregar al acusado alegando el principio *nullum crimen sine lege*.

Tras la segunda guerra mundial, como es bien conocido, se crearon distintos tribunales internacionales para enjuiciar a altos dirigentes de Alemania y Japón, mediante el Acuerdo para el procesamiento y el castigo de los grandes criminales de guerra del Eje europeo, firmado en Londres, el 8 de agosto de 1945, la Ley nº 10 del Consejo de Control Aliado en Alemania, y la Proclama especial del Comandante Supremo de las Potencias Aliadas para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, adoptada en Tokyo el 19 de enero de 1946[15].

La creación de tribunales penales internacionales ha sido también contemplada, con distintas variantes, en otros textos jurídicos, aunque ninguno de ellos ha llegado a crearse: el Convenio de Ginebra, de 16 de noviembre de 1937, para la prevención y la represión del terrorismo[16], que jamás llegó a entrar en vigor; la Convención de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y sanción del delito de genocidio[17]; o la Convención de 30 de noviembre de 1973, sobre la represión y el castigo del crimen de Apartheid[18]

Abordado en el seno de la CDI desde 1948 a 1950[19], el debate se trasladó sucesivamente a dos comités especiales y fue aparcado por la Asamblea General en 1954[20]. La CDI ha retomado el tema, especialmente desde 1990. El Relator D. Thiam ha presentado distintos informes al respecto[21], como lo ha hecho el grupo de trabajo creado al efecto por la Comisión. Dicho grupo de trabajo presentó un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional en julio de 1993[22], que fue sometido a la consideración de los Estados. Finalmente la Comisión aprobó el definitivo Proyecto de Estatuto de un tribunal penal internacional compuesto por 60 artículos, el 22 de julio de 1994[23]

Como se sabe, paralelamente a estos trabajos, el Consejo de Seguridad creó un Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia en 1993 y, un año y medio más tarde, otro Tribunal Internacional para Rwanda[24] Como veremos, la influencia de los tribunales creados por el Consejo de Seguridad sobre el proyecto de la CDI ha sido muy importante.

La Asamblea General decidió debatir la propuesta primero en el seno de un Comité Especial[25] y, después, en el de un Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una Corte penal internacional[26]. Este Comité espera finalizar sus trabajos en abril de 1998, de tal manera que pueda celebrarse una Conferencia intergubernamental en los meses de junio y julio de este mismo año, en Roma[27]. De tal manera que las propuestas de la CDI que a continuación se expondrán, serán, con toda seguridad, objeto de modificaciones por el Comité[28] y pueden serlo de nuevo en la propia Conferencia.

---

[15] *UNTS*, Vol. 82, nº 251; reproducido en NU, Doc. A/CN.4/368 y Add.1, 17 junio 1983, pág. 38. Véase también el art.1 de la Proclama especial del Comandante Supremo de las Potencias Aliadas; *ibid.*, pág. 45. Sobre la Ley nº 10, véase Meyrowitz, H , *La Répression des crimes contre l'humanité par les tribunaux allemands en application de la loi nº 10 du Conseil de Contrôle Allié*, LGDJ, Paris, 1960.

[16] UN, Doc. A/C.6/418, Anexo.

[17] *UNTS*, Vol 78, pág. 296.

[18] Res. 3068 (XXVIII) AGNU. Mucho mas tarde se publicó un "Estudio sobre las medidas necesarias para aplicar los instrumentos internacionales tales como la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, incluido el establecimiento de la jurisdicción internacional prevista en dicha Convención", Informe del Grupo Especial de Expertos; Doc. E/CN.4/1426, 19 enero 1981.

[19] *Vid.* Alfaro, R.J., "Question of International Criminal Jurisdiction, Report", Doc. A/CN.4/15, 3 marzo 1950; *YILC*, 1950, Vol. II, págs 1-18; Sandstrom, E., "Question of International Criminal Jurisdiction, Report", Doc. A/CN.4/20, 30 marzo 1950; *YILC*, 1950, Vol.II, págs 18-23; Doc. A/1316, cit., págs 378-379

[20] Committe on International Criminal Junsdiction, "Revised Draft Statute for an International Criminal Court", "Report of the 1953 Committe on International Criminal Jurisdiction", NU, Doc. A/2645, 1954.

[21] Thiam, D., Octavo informe, A/CN.4/430/Add 1, 6 de abril de 1990; Noveno informe, A/CN.4/435/Add 1, 15 de marzo de 1991; Décimo informe, A/CN.4/442, 20 de marzo de 1992; Undécimo informe, A/CN.4/449, 25 de marzo de 1993.

[22] Doc. A/48/10, Anexo, págs. 270-355.

[23] *Vid.* "Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 46º periodo de sesiones (2 mayo-22 julio 1994); Doc. A/49/10, pags. 23-125. Sobre este Proyecto, vease. Crawford, J., "The ILC's Draft Statute for an International Criminal Court", *AJIL*, Vol.88, 1994, nº 1, págs. 140-152; Quel Lopez, F.J , "Hacia una jurisdicción internacional penal permanente· el proyecto del Estatuto de un Tribunal Penal Internacional de la Comision de Derecho Internacional", en Fernández de Casadevante, C , Quel, F J., (Coords.). *Las Naciones Unidas y el Derecho Internacional*, Ariel, Barcelona, 1997, págs 152-170.

[24] Sus respectivos estatutos se encuentran en el NU, Doc. S//25704 y en la Resolución 955 (1994), del Consejo de Seguridad, de 8 de noviembre de 1994. Sobre los tribunales creados por el Consejo de Seguridad, la bibliografía es ya muy abundante. En nuestro país: Fernández Liesa, C., "El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho Internacional (Decision de la Sala de Apelación, de 2 de octubre de 1995, en el asunto Tadic - competencia)", *REDI*, Vol. XLVIII (1996). 2, págs 11-44. Huesa Vinaixa, R., "El 'Tribunal Internacional para juzgar los crimenes cometidos en la ex Yugoslavia' y la sanción internacional de los crimenes contra la paz y la seguridad de la humanidad", en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria - Gasteiz 1994*, Universidad del País Vasco/Tecnos, Madrid, 1995, págs 155-194; "Algunas consideraciones en torno al Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia", *Tiempo de Paz*, otoño 1995, nº 39, págs 18-33, Pignatelli y Meca, F , "El Tribunal Penal Internacional para Ruanda", *Revista Española de Derecho Militar*, nº 65, enero-junio 1995, págs. 389-430, Pigrau Sole, A , "Reflexiones sobre el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Vol XI, 1994, pags 211-252; "El Tribunal Internacional para Rwanda", *Tiempo de Paz*, verano 1995, nº 37-38, págs. 140-151, "El Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia", en Varios Autores, *El genocidio bosnio. Documentos para un análisis*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 1996, pags. 65-81, Quel López, F.J., "Los efectos de la creación del Tribunal internacional penal para la antigua Yugoslavia en el orden interno español", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1994, nº1, pags. 61-97, "El sistema de adaptación del ordenamiento jurídico español a las disposiciones estatutarias y de procedimiento del tribunal *ad hoc* para la antigua Yugoslavia", en Lattanzi, F, Sciso, E. (Eds.), *Dai tribunali penali internazionali ad hoc a una Corte permanente*, Atti del convegno, Roma 15-16 dicembre 1995, Ed Scientifica, Napoli, 1996, págs 237-254.

[25] Res. 49/53 AGNU, de 17 de febrero de 1995

[26] Res. 50/46 AGNU, 11 de diciembre de 1995.

[27] Véase el Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional, NU, Doc A/51/22, Vol. I; la Res 51/207 AGNU, de 16 de enero de 1997 y la recomendación del Comité Preparatorio, Doc. A/AC 249/1997/L.4, 26 de febrero de 1997

[28] La compilación de las numerosas propuestas de enmienda al proyecto de la CDI está publicada como: Informe del Comite Preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional, NU, Doc. A/51/22, Vol. II.

LUCES Y SOMBRAS EN EL PROYECTO DE ESTATUTO

El proyecto de la CDI suscita numerosas cuestiones que se prestan al debate. No obstante se señalarán aquí solamente las que parecen más relevantes.

a) La vía jurídica de creación del tribunal

A pesar de que los Tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia y Rwanda han sido creados mediante resoluciones del Consejo de Seguridad, la CDI se ha inclinado finalmente por la vía de la concertación de una convención específica. Sin embargo, la consciencia de la necesaria vinculación con la ONU ha tenido su reflejo en el artículo 2 del Proyecto, que prevé la celebración de un acuerdo entre el Tribunal y las Naciones Unidas. En este orden de ideas la Comisión no ha tratado en el proyecto de Estatuto ciertos aspectos, que deberán decidir los Estados en el momento de celebrar el tratado constitutivo del Tribunal. Entre ellos, de manera significativa, la financiación del Tribunal. La vía más verosímil, supuesto que el Tribunal se constituya a partir de un tratado internacional específico, es la del establecimiento de una escala de cuotas para los Estados que deseen ser parte en el tratado.

La creación del tribunal mediante un tratado internacional, aunque es la más correcta entre las distintas opciones, conlleva ciertas consecuencias prácticas que no deben subvalorarse: el futuro del tratado estará supeditado a la cantidad, y especialmente, a la cualidad de los Estados que decidan, voluntariamente, ser Partes en el mismo, y al ritmo de ratificaciones y adhesiones que pueda obtener.

b) Los aspectos institucionales y de organización del tribunal

El primer aspecto clave, que ha comportado también un gran debate en la CDI, es el previsto en el primer párrafo del artículo 4, que dice lo siguiente: "1. La Corte es un organismo permanente al que tienen acceso los Estados Partes de conformidad con el presente Estatuto. Se reunirá cuando sea necesario para conocer de un asunto que le haya sido sometido..." Se prevé, por tanto, una jurisdicción que, como tal, es permanente, aunque no esté permanentemente en funcionamiento, lo que implica que su personal no tiene, en principio, una dedicación exclusiva al Tribunal. Recuérdese que los Tribunales para la antigua Yugoslavia y Rwanda *sí* están permanentemente constituidos y exigen a su personal un régimen de dedicación exclusiva.

Con esta diferencia, el Proyecto de Estatuto prevé una estructura del Tribunal que sigue el modelo de las adoptadas en los Tribunales para la antigua Yugoslavia y Rwanda: un conjunto de magistrados, una fiscalía y una secretaría, a los que aquí se añade una Junta de Gobierno (art. 5).

El Proyecto prevé el nombramiento de 18 magistrados serán personas que reúnan los requisitos de imparcialidad e integridad, poseer las condiciones requeridas en sus respectivos países para el ejercicio de las más altas funciones judiciales, y tener experiencia en Derecho penal o competencia reconocida en Derecho internacional. Los magistrados serán elegidos, por un período de nueve años, por mayoría absoluta de los Estados parte en votación secreta, no pudiendo haber dos magistrados de la misma nacionalidad, y garantizando que esten representados los principales sistemas jurídicos del mundo. Ello supone que se han descartado propuestas anteriores que preveían que el Tribunal se constituyera y los magistrados necesarios se nombrarán para cada caso concreto.

Entre los magistrados deben ser elegidos, por mayoría absoluta, un presidente, dos vicepresidentes y otros dos vicepresidentes suplentes. El presidente y los dos vicepresidentes constituyen la Junta de Gobierno, a la que se encarga velar por la buena administración del Tribunal y, en particular, llevar a cabo las funciones de las fases previas al juicio oral y otras funciones de procedimiento, mientras un asunto no haya sido sometido a una sala de primera instancia (art. 8).

Los magistrados se organizan en Salas de primera instancia, compuestas para cada caso concreto por cinco magistrados, y una Sala de apelaciones, compuesta por el presidente del Tribunal y otros seis magistrados.

La fiscalía es un órgano autónomo del Tribunal encargado de investigar las denuncias presentadas y de ejercitar las acciones penales. Es este otro aspecto en que las opciones adoptadas en los Tribunales para la antigua Yugoslavia y para Rwanda han tenido una proyección positiva sobre los trabajos de la CDI, puesto que en anteriores propuestas la figura del Fiscal no estaba prevista, siendo sustituida bien por el propio Estado que iniciaba la acción, bien por uno de los magistrados, actuando como fiscal.

c) La naturaleza y la delimitación de la competencia

El Estatuto configura al Tribunal como una jurisdicción complementaria de las jurisdicciones nacionales, al tiempo que le da un marcado perfil subsidiario. Ello es particularmente visible en el Preámbulo y en su artículo 35. En el Preámbulo se dice expresamente que "tendrá competencia únicamente respecto de los más graves crímenes que preocupan a la comunidad internacional en su conjunto" y que "tendrá por finalidad complementar los sistemas judiciales nacionales en materia penal en aquellos casos en que esos sistemas no existan o no sean eficaces tales procedimientos de enjuiciamiento".

En el artículo 35 se establecen tres condiciones de inadmisibilidad de un asunto por parte del Tribunal: cuando el asunto haya sido debidamente investigado por el Estado que tiene jurisdicción sobre él y

la decisión de ese Estado de no entablar procedimiento esté aparentemente bien fundada; cuando el asunto es objeto de instrucción por parte del Estado que tienen o puede tener jurisdicción sobre él, o cuando el asunto no es de gravedad suficiente para justificar la intervención del Tribunal. A ello debe añadirse la preferencia respecto del Tribunal establecida en favor de un tercer Estado que haya solicitado la extradición del presunto autor de un crimen al Estado que tiene jurisdicción sobre él, que puede deducirse del artículo 21.2.

No existe, en cambio, ninguna disposición que establezca una primacía del Tribunal sobre las jurisdicciones estatales, a diferencia de lo que sucede en los Tribunales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Rwanda.

Por otra parte, y éste es un aspecto central, la condición de Estado Parte en el futuro tratado, al igual que sucede en relación con el Tribunal Internacional de Justicia, no conlleva la aceptación genérica de la competencia del Tribunal. El Estatuto, por el contrario, prevé un régimen combinado de competencia obligatoria en un caso, y de competencia sujeta a aceptación de ciertos Estados en otros, salvo intervención del Consejo de Seguridad, por lo que es aconsejable exponer la competencia *ratione materiae*[29].

El artículo 20 del Proyecto dispone que el Tribunal tiene competencia respecto de los siguientes crímenes: "a) el crimen de genocidio; b) el crimen de agresión; c) las violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados; d) los crímenes de lesa humanidad; e) los crímenes definidos en las disposiciones de los tratados especificadas en el anexo o tipificados en cumplimiento de esas disposiciones y que, habida cuenta de la conducta imputada al presunto autor, constituyen crímenes excepcionalmente graves de trascendencia internacional."

En el anexo al que se refiere el inciso e) se mencionan las disposiciones concretas que incluyen crímenes previstos un conjunto de tratados[30] Dos aspectos llaman poderosamente la atención. El primero es la inclusión del concepto de agresión, que tal como se formulara en 1974, se dirigía a contemplar comportamientos estatales y no individuales por lo que cabe dudar de su suficiente precisión a los efectos de juzgar personas; cierto es que el hecho de que se exija, en el artículo 23.2, para este supuesto una previa calificación de agresión por parte del Consejo de Seguridad facilita la tarea, pero también sustrae o, por lo menos, prejuzga el análisis propio del Tribunal, lo que puede comportar una cierta incompatibilidad con la autonomía de éste, además de abrir una puerta al tratamiento desigual de hechos similares, en función del ejercicio del derecho de veto por parte de los miembros permanentes[31].

El segundo aspecto llamativo es que no se incluye en el anexo el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo adicional II de 1997, a diferencia de lo que se hizo en el Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda y, en cambio se incluyen otras referencias a los Convenios de Ginebra de 1949 y a su Protocolo adicional I. Podría deducirse, y ello es criticable, que la CDI entiende, contra lo afirmado por el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia[32], que las violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el contexto de conflictos internos no constituyen un crimen previsto por el Derecho internacional general, si no está comprendidas en el inciso c, ni generan responsabilidad penal individual en tanto que crímenes de derecho internacional convencional, al estar ausentes del anexo.

A partir de ello, el artículo 21 establece dos supuestos distintos de competencia. para el caso del genocidio, la competencia es obligatoria, sin que sea necesaria la aceptación de Estado alguno. En los demás supuestos del artículo 20, por el contrario, la competencia del Tribunal está sujeta a la aceptación del Estado en cuyo territorio el presunto culpable del crimen se halla detenido y del Estado en cuyo territorio se produjo la acción u omisión considerada. Además si el Estado en cuyo territorio el presunto culpable del crimen se halla detenido ha recibido, en virtud de un acuerdo internacional, la solicitud de entrega de un sospechoso presentada por otro Estado con fines de procesamiento y, a menos que esa solicitud sea rechazada, se requerirá además la aceptación por ese otro Estado de la competencia del Tribunal[33].

El otro aspecto problemático que cierra el planteamiento de la competencia del Tribunal es la intervención prevista en el artículo 23, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas[34] El Tribunal puede ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes previstos en el artículo 20, con independencia de que haya habido aceptación previa por parte de los Estados mencionados en el

[29] Véase: Rigaux, F , "La competence materielle de la Cour criminelle internationale" en Lattanzi, F., Sciso E., (eds.), *Dai tribunali penali internazionali ad hoc a una Corte permanente*, Ed. Scientifica, Napoli, 1996, págs. 137-144.

[30] Se trata de las infracciones graves previstos en los Convenios de Ginebra de 1949 y en su Protocolo Adicional I de 1977; el apoderamiento ilícito de aeronaves, definido en el Convenio de La Haya de 1970; los crímenes definidos en el Convenio de Montreal para la represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, de 1971; el apartheid y los crímenes conexos, según la Convención sobre la Represion y el Castigo del Crimen de Apartheid, de 1973; los crímenes definidos en la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, de 1973, la toma de rehenes y crímenes conexos por la Convencion Internacional contra la Toma de Rehenes, de 1979; el crimen de tortura previsto en la Convención contra la Tortura, de 1984; los crímenes contenidos en el Convenio para la Represion de los Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, de 1988, y, por último, los crímenes definidos en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilicito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de 1988.

[31] Bennouna, M , "Le fonctionnement de la Cour criminelle internationale: difficultes et perspectives", en Lattanzi, F., Sciso E , (eds), *Dai tribunali penali internazionali ad hoc a una Corte permanente, op.cit.*, 1996, pag. 208.

[32] En el asunto Tadic, Case nº IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 october 1995, pag 49-71.

[33] La Comisión ha justificado el distinto trato acordado al genocidio a partir de la doble circunstancia de que en la Convencion sobre el genocidio no se prevé la norma *aut dedere aut iudicare*, y, que, en cambio se alude a la competencia de un Tribunal penal internacional

[34] Un articulo que ha suscitado un intenso debate en el Comité Preparatorio; véase Doc A/51/22, cit., Vol I, pp 32-35

mismo, siempre que el Consejo de Seguridad decida remitirle un asunto, en el marco del Capítulo VII de la Carta. Sin embargo el mismo artículo 21 establece el límite de que no podrá iniciarse un procedimiento "derivado de una situación de la que se esté ocupando el Consejo de Seguridad por tratarse, a tenor del Capítulo VII de la Carta, de una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, a menos que el Consejo de Seguridad decida otra cosa."

d) El procedimiento

El procedimiento a seguir está determinado por los artículos 25 a 50 del Estatuto y deberá ser completado por el Reglamento del Tribunal, que será preparado por los magistrados, dentro de los seis meses siguientes a su elección y sometido a una Conferencia de los Estados Parte. Dicho reglamento deberá detallar las normas de procedimiento y prueba (art. 19)

A grandes rasgos, los aspectos fundamentales del procedimiento siguen el modelo de los tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia y Rwanda. No obstante cabe destacar tres aspectos.

El primero de ellos es el que tiene que ver con el inicio del procedimiento, para el que se prevén dos vías: bien la remisión de un asunto al Tribunal por parte del Consejo de Seguridad, actuando en el marco del Capítulo VII de la Carta, bien la de la denuncia de un Estado Parte. En este segundo caso el Estado Parte deberá ser asimismo Parte en la Convención del Genocidio, si la denuncia se refiere al crimen de genocidio; y deberá haber aceptado la competencia del Tribunal para el crimen objeto de la denuncia, en los demás supuestos. No cabe, por tanto, activar el sistema por la Fiscalía a partir, por ejemplo, de informaciones suministradas por organizaciones internacionales u organizaciones no gubernamentales, a diferencia de lo previsto en los Tribunales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Rwanda.

El segundo aspecto novedoso es el papel atribuido a la Junta de Gobierno, a quien corresponde examinar las peticiones de procesamiento del fiscal y dictar, en su caso, un auto confirmatorio de procesamiento, constituyendo en tal caso una Sala de primera instancia y dictando las necesarias medidas preventivas, incluidas las órdenes de detención.

El tercer aspecto se refiere al juicio en rebeldía. Aunque el texto refleja el respeto a los derechos de la persona procesada internacionalmente reconocidos, se establece la posibilidad de que el acusado no se halle presente durante el juicio oral, en los siguientes supuestos: si el acusado se halla bajo custodia o ha sido puesto en libertad en espera del juicio y, por razones de seguridad o de salud, no es aconsejable su presencia; si perturba continuamente el juicio oral, o si se ha fugado mientras estaba bajo custodia o en libertad provisional bajo fianza. En los casos de ausencia deliberada del acusado, que imposibilitan la celebración del juicio, se prevé asimismo el mecanismo puesto en práctica por el Tribunal internacional para la antigua Yugoslavia, que permite convocar una audiencia pública ante una sala de procesamiento, que puede culminar en una confirmación de la acusación y en la emisión de una orden internacional de detención.

e) Los mecanismos de cooperación con el tribunal

Siguiendo el modelo de los Estatutos de los tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia y Rwanda, el Estatuto prevé también algunas disposiciones relativas a los mecanismos de cooperación que los Estados deben prestar al Tribunal y que para éste resulta imprescindible.

El artículo 51 establece que los Estados Parte cooperarán con la Corte en las diligencias de instrucción penal y en los procesos que se entablen ante el Tribunal. En consecuencia deberán atender sin demora las solicitudes de identificación y búsqueda de personas, de recepción de declaraciones y búsqueda de personas, de tramitación de documentos o de detención o prisión preventiva de personas, de entrega de personas acusadas al Tribunal, entre otras, incluidas las medidas cautelares. El alcance de la obligación en relación con cada Estado Parte depende, excepto en el caso del genocidio, de los crímenes para los que haya aceptado la jurisdicción. En caso contrario, el Estatuto prevé una compleja reglamentación tendente a garantizar que la persona acusada sea juzgada en el Estado en que se halle o sea extraditada a un tercer Estado.

Por otra parte, en virtud del artículo 58, los Estados Partes se comprometen a reconocer las sentencias del Tribunal.

Respecto a la ejecución de las penas, al igual que en los casos de los Tribunales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Rwanda, se solicita de los Estados la cooperación voluntaria en la acogida de las personas condenadas en sus respectivos establecimientos penitenciarios. Corresponde al Tribunal elegir el Estado en que deberán cumplirse las penas privativas de libertad y controlar su cumplimiento.

TODAVIA UN LARGO CAMINO POR RECORRER

Probablemente el mero hecho de que la Conferencia de Roma llegue a un acuerdo sobre la creación de un tribunal penal internacional permanente sea ya muy importante, con independencia del contenido concreto del acuerdo. Pero ello no debe hacernos olvidar sus más que probables limitaciones.

No existe por el momento un consenso suficiente en la Comunidad internacional sobre el catálogo de crímenes considerados de suficiente gravedad como para generar la responsabilidad internacional del individuo ni la voluntad política de impedir, sin excepción, la impunidad de tales crímenes. Se

aprecia una creciente disposición de los Estados a crear mecanismos internacionales eficaces de persecución y castigo de ciertos crímenes en casos concretos, en los que la presión de la opinión pública puede llegar a ser notable, en los que no esperan verse afectados directamente, y en los que sus intereses políticos no sufren un menoscabo significativo. Ello se ha demostrado con la creación de los tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia y para Rwanda. No obstante, una vez creados dichos tribunales, la gran mayoría de los Estados no está haciendo un alarde de coherencia, respondiendo con prontitud a sus necesidades, en lo relativo a su financiación, a sus recursos humanos, a la adopción de la legislación necesaria, o a la detención de las personas acusadas. Tampoco la ONU como tal ha sido capaz de garantizar dichos medios, especialmente en el caso del Tribunal para Rwanda.

La gran mayoría de los Estados, además de eludir en su práctica cotidiana la actividad de persecución penal descentralizada a través de sus propias jurisdicciones, no parecen dispuestos, por razones políticas y económicas, a aceptar una jurisdicción internacional penal, con competencias generales para un conjunto amplio de crímenes, con jurisdicción obligatoria y con una estructura permanente. Tampoco están dispuestos mayoritariamente a aceptar una capacidad autónoma de la fiscalía para iniciar los procedimientos penales, a partir de la información recibida, por ejemplo, de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos. Como se desprende del Proyecto de Estatuto elaborado por la CDI y de la discusión en el seno del Comité Preparatorio, el futuro tribunal internacional penal se configura solamente como una instancia excepcional, para crímenes muy concretos, en supuestos en que las jurisdicciones nacionales no existan o no puedan actuar de manera eficaz y, dejando, en todo caso, un amplio margen a la voluntad política de los Estados y del Consejo de Seguridad.

No obstante, las decisiones del Consejo de Seguridad de crear los tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia y Rwanda, aparte de otras consideraciones, han tenido una influencia muy positiva en la aceleración de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional y de la Asamblea General de la ONU, y en la introducción de ciertas opciones significativas en el Proyecto final de Estatuto, como pueden ser el derecho de apelación o la institución y el perfil autónomo de la fiscalía.

Estamos, en definitiva, en un momento trascendental que puede determinar un avance sustancial o un nuevo punto y aparte en el ya largo camino hacia la construcción de un sistema internacional penal eficaz, que debe descansar en la definición de un sistema de valores universalmente compartido y de la plena convicción de que tales valores deben primar sobre cualquier otra consideración.

Entre los datos que pueden contrarrestar un excesivo pesimismo, dos son fundamentales: de una parte, la lenta pero constante sensibilización de la opinión pública; de otra parte, el efecto impulsor que deriva de la práctica que desarrollan los tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia y Rwanda y también algunos tribunales estatales, que debe contribuir a afirmar la responsabilidad penal internacional del individuo cuando atenta gravemente contra valores esenciales para la comunidad internacional y a clarificar su alcance y características.

La justicia maniatada*

Christian WETTINCK

¿UN LEMA PARA UN CONGRESO?

Si una consigna —lema o slogan, como se quiera— es capaz de expresar nuestra reflexión y nuestra acción de un modo útil, se trata sin duda de una proposición menos lúdica de lo que pudiera parecer.

Los historiadores que han estudiado el progreso de la sociedad europea hacia un Estado de Derecho hablan de la importancia y de la eficacia de una cita extraída de *La ciudad de Dios*, de San Agustín[1], que servía de banderín de enganche a los legistas medievales precursores de nuestras instituciones judiciales: *"Remota itaque iustitia, quid sunt regna, nisi magna latrocinia". ("Si la justicia desparece, ¿qué son los reinos sino un vasto pillaje?")*[2]

Hoy, destronada la realeza, los Estados nacionales se desvanecen. En su lugar se levantan poderes mucho más temibles que los reyezuelos vándalos del obispo Agustín.

Para describir estos poderes, las ondas, junto al boletín del tiempo, nos castigan con un determinado discurso. Nos los travisten como si se tratara de meteoros sometidos a leyes cósmicas, fuera de nuestro alcance. "Los inversores", "los mercados". Cuando Wall Street y el Nikkei tiemblan, quienes hacen las crónicas bursátiles hasta se atreven a decir, pero con más de temor reverencial que de indignación: "los especuladores".

Los medios de comunicación denuncian la protección que los Estados dispensan a sus mercaderes de cañones o a las cuentas bancarias numeradas. Los gobiernos confiesan que hasta esa mañana misma tuvieron alguna debilidad frente a la corrupción con tal de favorecer las exportaciones y como consecuencia indirecta ello favoreció a los exportadores: juran que eso se ha acabado. Se cuenta también cómo grupos criminales compran bancos respetables y los utilizan, o cómo determinada multinacional del tratamiento de aguas y residuos ha corrompido a alguno de nuestros ediles: de manera apenas diferente, en los siglos XVI y XVII los comerciantes aventureros ya compraban caciques o jefes de tribu capturadores de "madera de ébano".

Cuando se abre una investigación judicial sobre un caso, ocurre que las pruebas desaparecen a causa de incendios o de robos providenciales, o vuelan por causa de un simple programa de ordenador; sucede que la vida privada o incluso la seguridad de los magistrados instructores están amenazadas; varios de los que admiramos murieron en ello.

Mientras, las denuncias de investigadores y de testigos y las quejas de las víctimas provocan la apertura de un número de procesos judiciales que crece sin cesar. Los escasos medios que los otros poderes asignan a los servicios judiciales no bastan.

¿De qué vale seguir?; todo esto es el trabajo cotidiano de la mayoría de vosotros.

Yuxtaponer titulares recientes de prensa es como parafrasear las Lamentaciones del profeta Jeremías. *Le Monde* del 31 de octubre cuenta: "En una carta dirigida al ministro de Justicia, el fiscal general y el presidente del Tribunal de París estiman que la Justicia carece de efectivos suficientes para tratar los casos de delincuencia económica y financiera, en especial el Crédit Lyonnais, pero también las 'vacas locas' o el 'amianto'"[3]. *Le Soir* del 6-7 de diciembre es más duro[4]. "hablando de la desesperación de los jueces francófonos bruselenses" titula: "Las lágrimas de los jueces corren sobre pilas de expedientes". ¿Quién es el autor de esta expresion de choque?: La señora procuradora general ante el Tribunal de Casación de Bélgica.

¡Hablamos sin embargo de algo rentable! La gente acaba conociendo que un par de asuntos financieros pueden representar una cantidad similar al presupuesto anual de la Justicia de un país. A título de ejemplo, el "agujero" del Crédit Lyonnais que los contribuyentes franceses tendrán que llenar vale mucho más que los gastos de funcionamiento de la justicia belga en los últimos veinte años[5].

Los ciudadanos tienen por ello el derecho de preguntarse por qué después de tanto tiempo la instrucción de estos procesos descansa sólo sobre un

---

* Discurso de apertura del congreso "La justicia maniatada: la corrupción y la criminalidad económica internacional" organizado por MEDEL, en Bruselas, los días 12 y 13 de diciembre de 1997.

[1] Se sabe que hacia el año 420 desde lo alto de las murallas asediadas de su ciudad de Hipona, el obispo Agustín vio cómo el Imperio Romano y su vieja justicia se diluían bajo el impulso de los vándalos. Se abría para varios siglos un tunel mal conocido en el que múltiples derechos de sangre y costumbres coexistieron con la ausencia de todo Derecho. Servidumbre y privilegios, vasallajes, sumisión a los señores de la guerra: hasta que las ciudades y el capitalismo mercantil redescubrieron las Instituciones y las Pandectas, que vinieron a justificar el nuevo Estado-nación y su justicia delegada por el Príncipe. La cita de Agustín era un regalo venido del cielo para las "gentes del Rey" en busca de su identidad y de la independencia consustancial a la función de juzgar. Resulta significativo que la persistencia de vínculos de tipo feudal esté a menudo presente en las descripciones y en las tentativas de explicación del fenómeno mafioso.

[2] *De civitate Dei*, IV,4. Se puede leer sobre este tema Claude Gauvard: *La justice pénale du Roi de France à la fin du Moyen Âge*, en *Le Pénal dans tous les États, Justice, États et sociétés en Europe (XIIe-XXe siècles)*; Bruselas, Facultés universitaires Saint-Louis, 1997.

[3] Extracto del artículo de Jacques Fallorou: "Segun fuentes judiciales, se estima que el perjuicio global caudado por el Credit Lyonnais a la colectividad, por estafa y otras intracciones, alcanza los tres mil millones de francos franceses. La horquilla de las sumas desaparecidas por 'error de gestión' estaria por otra parte comprendida entre 70.000 y 120.000 millones de francos" A título de comparación, el presupuesto belga de Justicia para 1998 se eleva a 6.500 millones de francos franceses.

[4] Artículo de Jean-Pierre Borloo.

[5] El presupuesto de Justicia incluye tradicionalmente, ademas del coste de Juzgados y Tribunales, los de las prisiones y las retribuciones a los ministros de los diferentes cultos. No nos engañemos...

puñado de magistrados autodidactas y agobiados de trabajo, ayudados sólo por algunos policías mal equipados. Tienen el derecho de exigir que esto cambie...

Tras las jeremiadas, ¿no ha llegado el momento de afirmar?:

CON LA JUSTICIA MANIATADA, ¿QUE SON LOS MERCADOS, SINO UN VASTO PILLAJE?

Esto es lo que podría servir de lema o de convocatoria.

En una etapa posterior, como carezco de espíritu represivo y detesto los *"hanging judges"*, me he preguntado: *¿Podemos prevenir?, y ¿cómo?*

Prevenir: con preferencia a la represión de los comportamientos intolerables, organizar su regresión.

Las asociaciones profesionales de empresas y las cámaras de comercio, hoy representadas entre nosotros, desean alzar la voz de las fuerzas de una economía "real", opuesta a la "economía-casino". A ellos les gustaría disciplinar "el capitalismo salvaje" en nombre de una competencia sana. Por otra parte, ¿qué partido no ha llegado aún a incluir en su programa una lucha justa contra la venalidad de los políticos?

Conviene, ciertamente, no despreciar sus esfuerzos, no minimizar la importancia del autocontrol. Al contrario, es necesario tomar palabra por palabra, al pie de la letra, las intenciones virtuosas, las voluntades "ciudadanas" provinientes del mundo político y económico. En el programa del congreso no se incluyen los enfrentamientos entre poderes[6].

Podemos sin embargo preguntarnos si estas actitudes voluntaristas combatirán las tentaciones del poder y del dinero ilícitos con más eficacia que la que han tenido hasta ahora sistemas morales con vocación de eternidad.

¿Qué pueden pensar unas organizaciones de magistrados progresistas de una política de prevención en esta materia? Cuando se trata de la criminalidad de los pobres, de la "delincuencia ordinaria", tenemos una doctrina que critica, con más constancia que éxito, la primacía que los legisladores y los gobernantes dan a la represión y a la prisión; nosotros abogamos en favor de políticas eficaces de prevención social y contra la exclusión[7].

Cuando se trata de la gran delincuencia económica, son igualmente deseables unas políticas de prevención, tanto más cuanto los empresarios delincuentes tienen a menudo bajo su dependencia a una gran cantidad de trabajadores o de ahorradores inocentes, que no les repugna utilizar como escudo o como moneda de cambio.

Pero en lo sucesivo las políticas de prevención deben estar a la medida de la dimensión planetaria de los intereses confrontados, de su poder y de su diversidad, y a la medida de los intereses a proteger.

Se trata de "desarmar los mercados", escribe el editorialista de *Le Monde diplomatique* en este mes de diciembre de 1997.

La tarea es gigantesca[8] [9]. Necesita una toma de conciencia uniforme de los pueblos, de los Estados y de los mismos actores económicos, así como una voluntad común absolutamente contraria a las prácticas de dumping competitivo que seducen a tantos gobernantes en busca de la creación de empleo o de exportación del paro, de "competitividad de nuestras empresas nacionales"[10].

Hay algo más fundamental. En la opinión que publica en *Le Monde* del 10 de diciembre de 1997, a propósito del reciente fraude colectivo descubierto en el barrio parisino del Sentier, sin elevarse a nivel internacional, sin evocar mafias míticas o reales, el eminente sociólogo francés Pierre Lascoumes observa que los factores criminógenos se asientan en el funcionamiento habitual, ordinario y cotidiano de todo Derecho nacional del comercio o de la banca: son intrínsecos al crédito, a la flexibilidad de los negocios, a la productividad de los bancos. Deduce de ello esta conclusión: "¡se impone una revisión del Derecho de sociedades y del de procedimientos comerciales!" "Pero —objeta inmediatamente— ¿qué autoridad política será capaz de imponer a los detentadores del poder económico unas reglas, unos terrenos de competencia y unos árbitros que de entrada no sean de su conveniencia?"

Seamos conscientes de que el objeto de nuestras discusiones es el nudo de una contradicción interna profunda de la economía de mercado. Esto puede explicar por qué discursos políticos o "éticos", textos legales y prácticas comerciales se encuentran tan a menudo agitadas por extrañas esquizofrenias[11].

---

[6] A menudo provocados por las opciones tácticas de escasos pero ruidosos personajes que carecen del sentido del bien público, o de una conciencia tranquila.

[7] Sin apenas eco, a la vista de la gran moda de la seguridad, y a la vista de las prisiones que se abren al mismo tiempo que se cierran guarderías, colegios, academias de música o de pintura y museos.

[8] Ignacio Ramonet, *Désarmer les marchés*, "Le Monde diplomatique," diciembre 1997. I. Ramonet propone algunos medios boicot a los paraisos fiscales, impuesto disuasorio sobre las rentas financieras (el impuesto "Tobin", destinado a la lucha mundial contra la pobreza). En el mismo número, Michel Chossudovsky, profesor de economía de la Universidad de Ottawa, ofrece un valioso analisis de la especulacion financiera y del papel de los "especuladores institucionales".

[9] Las limitaciones de tiempo de nuestro encuentro obligan a remitir a las propuestas ya existentes que dan respuesta específica a determinado tráfico o a determinado interes ilegitimo. en este sentido MEDEL demanda, por ejemplo, en materia de drogas, el reexamen de los hábitos represivos centrados sobre el consumidor, un examen serio de las tesis abolicionistas y verdaderas politicas de salud pública. Ver las conclusiones de los encuentros de Nerola (MD 25 de junio de 1989) y Amsterdam (WM, 16-18 de febrero de 1995). Ver también los coloquios de Turín (MD, 17-18 de enero de 1992) sobre el fraude fiscal y el blanqueo, y de Serock (Iustitia, 14-17 de septiembre de 1992) sobre la criminalidad económica organizada a escala internacional.

[10] De este modo se aplaude la zona franca, acogedora para los inversores y supuestamente balsámica para la colera de las poblaciones del entorno: "¡viva el microparaíso fiscal y social!"

[11] En un conjunto de artículos que no pierde actualidad titulado *Punir, mon beau souci* (Révue de l'Universilé de Bruxelles, 1984/1-3, bajo la dirección de Foulek Ringelheim), Michel van de Kerchove y Philippe Robert desentrañan las razones de las contradicciones que otros articulistas han puesto de manifiesto en la represión de la criminalidad de los negocios. "Dominio de las incoherencias: ¿como es posible que legislador y ejecutivo sean tan pródigos en textos de dudosa calidad repletos de san-

Sea como sea, ¿podremos pretender prevenir los tráficos de seres humanos, de estupefacientes o de otros factores de exclusión y de muerte, sin llevar antes a cabo la localización y el control de los considerables flujos financieros que generan estos negocios tan atractivos para los traficantes y sus acólitos? ¿Puede tener éxito una prevención si los corruptos y los hombres de paja, aquéllos que ejercen abusivamente poderes acaparados y desviados, no son antes desenmascarados y apartados?

Pasar la esponja, instaurar la amnesia por la amnistía, ¿es prevenir?. *A fortiori*, despenalizar, ¿es prevenir? ¿No sería, por ventura, capitular?

Me parece así que los dispositivos penales nacionales, armas de último recurso, tendrán aún mucho papel que desempeñar, a falta de mejores soluciones, al menos en tanto que el vacío abierto por las desreglamentaciones nacionales no se llene por unos instrumentos de policía administrativa y de control jurisdiccional reconstruidos al escalón superior de los grandes conjuntos continentales, en tanto que estos instrumentos de regulación no sean técnicamente y sobre todo democráticamente creíbles.

LOS JUECES DEL CAPITALISMO SALVAJE. ¿DE QUE SE NUTREN?

La última reflexión proviene de las jurisdicciones de enjuiciamiento, del sillón donde el juez espera.

El (léase también ella, que pronto serán la mitad) es el último eslabón de la cadena. Al pronunciar la verdad judicial, pone a la controversia el punto supuestamente final de la autoridad de la cosa juzgada. Actualmente y todavía por mucho tiempo, el extremo de la cadena permanecerá firmemente anclado en la esfera nacional: Europa no tiene ya fronteras para los capitales; sólo conserva fronteras interiores para los pobres y sus jueces.

De un modo pasivo, el juez espera que los policías, los acusadores o las partes le presenten los asuntos que ha de juzgar, es decir trozos de vida, fragmentos de la historia reciente: los elementos de prueba que debe someter a contradicción y apreciar conforme a derecho. El derecho, por su parte, ha dejado desde hace muchos años de ser competencia exclusiva de los legisladores nacionales.

Revestido de su "velo de indiferencia", el juez adopta como es debido la "posición original" que le asignan John Rawls y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[12].

Crece el poder de control que ejerce: ahora aprecia la conformidad a derecho, no sólo de los hechos y las pretensiones que se le someten, sino también de las reglas que ha de aplicar. Rechaza ser la máquina que Engels describiera, esa componedora cuyo funcionamiento puede calcularse a grandes rasgos, donde se introducen por arriba los gastos del proceso y los artículos de la ley, para que expulse por abajo el título de ejecución[13]. Al alejarse del legitimismo y del legalismo sin alma que permitieron antaño tantas iniquidades —y que aún autorizan alguna que otra—, reivindica el pleno ejercicio de un servicio debido por igual a todo el mundo, poderosos o miserables.

Es hacia este personaje, hacia la regularidad y la eficacia del debate que se desarrolla ante él, hacia la solución justa y rápida del proceso, hacia el que debe estar orientada toda instrucción.

Pero vamos a hablar aquí poco del juez. Es una pena y es revelador.

Es una pena: la dirección de los debates, el dominio de los múltiples derechos aplicables, el tratamiento de las enormes cantidades de informes técnicos y contables que la acusación y la defensa hacen converger sobre él[14], la preparación y la redacción de las decisiones, todos ellos son aspectos que justifican un buen número de seminarios de formación y que deben inspirar a otro buen número de programadores informáticos, editores de CD-Rom o de páginas de Internet, si uno se preocupa verdaderamente de hacer que se "preste" una pronta y eficaz "justicia".

Revelador. Si el principio de independencia de los jueces está bien clarificado y bastante poco atacado de manera frontal —al menos en los países ricos de la Europa occidental—[15] [16], las maniobras de cerco

---

ciones penales y que se sigan tan pocos procesos penales? ¿Por qué tal tolerancia a la transgresión y tantos obstáculos, a veces legales, para llevar a término los procesos? Y cuanto se llega a querer extradir a los estafadores, corruptores o contaminadores, las lagunas de la ayuda judicial internacional, el secreto de los negocios y las (malas) voluntades políticas conspiran para proteger a unos poderes económicos privados cuyo poderío, ubicuidad y nocividad desafían —y sobrepasan— los valores de fachada de las democracias occidentales (..). Ciertos comportamientos, puestos fuera de la ley por concesión de los grupos dominantes, (serán) condenados por la ley y por los discursos de poder con tanto más de solemnidad espectacular cuanto menos serán perseguidos en la práctica" resumia yo en mis notas de lectura (Cuadernos marxistas, mayo 1985). ¿Qué ha cambiado? Algunos policías, jueces y fiscales que se han enganchado al juego? ¿Unas partes civiles más agresivas? [Recordemos que tanto en Francia como en Bélgica no existe el acusador particular y menos la acción popular, por lo que la actuación del perjudicado en el proceso penal se limita al ejercicio de la acción civil, aunque ésta tenga en la actualidad también en Francia un cierto alcance respecto de la acción penal, al menos en los casos de inactividad del Ministerio Público *N. del T.*] ¿Un progreso del Estado de Derecho, o más ganas de sancionar?

[12] Es interesante situar en planos paralelos lo que dice el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo sobre la obligación de imparcialidad de los jueces y el proceso debido, con el discurso de John Rawls sobre el "velo de indiferencia" o "de ignorancia", inherente a la "posición original" (*A Theory of Justice [1971]*, capítulo 3).

[13] Esta referencia de segunda mano de Friedrich Engels (*Sobre la religión*, pág. 264 ??) viene de un artículo de Jean Pierre Godding (*L'idéologie juridique*) publicado en abril de 1997 por la revista *Contradictions*. Hablando sobre las empresas industriales, F. Engels escribía: "Estas formas modernas de empresas sólo podrían surgir allí donde el juez, como en el Estado burocrático con sus leyes racionales, es más o menos un dispensador automático de artículos, en el que se introducen por arriba los expedientes con los gastos y los honorarios para que escupa por abajo la sentencia con sus considerandos más o menos sólidos y cuyo funcionamiento es en todo caso calculable a grandes rasgos". Yo no he descubierto nunca la fuente de esta bella descripción de los contenciosos en masa civiles y comerciales, actualmente aplicable a los procedimientos de requerimiento de pago y otros *Mahnverfahren [procesos monitorios, N. del T.]*

[14] Cada vez con más frecuencia es solitario, "único" o "monocrático".

[15] Poniendo en evidencia la Declaración proclamada en septiembre de 1997 en Abiyán por magistrados y juristas de ocho países del Africa francófona, queremos subrayar que la independencia del poder judicial, su imparcialidad y la inmunidad de los jueces frente a la corrupción activa no son en ninguna parte

se concentran alrededor del Ministerio Público, de los policías, de las reglas de la instrucción o de la ejecución de las decisiones judiciales. Donde más se batalla es aguas arriba y aguas abajo del juez, donde está en juego el principio de igualdad ante la ley, su puesta en obra o su obstrucción.

Cuando por añadidura, al internacionalizarse, el teatro de operaciones ocupa un terreno transfronterizo —que siempre ha sido el propio de los ejecutivos— parece normal que los que iluminan el camino, la vanguardia de la función judicial sean en primer lugar las policías, seguidas del Ministerio Público y de los jueces instructores. Parece también completamente natural que los expertos, que aconsejan y diseñan en nombre de los Estados-partes contratantes las reglas de una nueva guerra, se recluten no entre los jueces, sino entre los funcionarios, los universitarios, las autoridades nacionales de investigación.

Contra la criminalidad internacional organizada, ni los investigadores ni los jueces deben moverse como *"enfants perdus"*[17], animados de un empeño de eficacia militar poco preocupado por la legitimidad de los medios y subordinando todo a la esperanza de una victoria.

Las formas, las garantías de las libertades no pueden ser sacrificadas a tal empeño. Ciertamente, se debe conseguir que las normas de inculpación y los procedimientos resulten adecuados para el control de la legalidad de las operaciones económicas y financieras transnacionales, cuya ubicuidad y rapidez fulminante son conocidas, pero sólo serán adecuados si respetan las libertades y los derechos fundamentales.

Cuando una sociedad se considera obligada a curar un mal a través de una restricción de las libertades, tal sociedad ha abandonado el Estado de derecho por el de urgencia. Ahora, muchos de nosotros lo experimentamos, estados de urgencia y años de plomo dejan en los ordenamientos jurídicos marcas tan deletéreas como tenaces. La metáfora guerrera es engañosa y peligrosa. Lleva insensiblemente al estado policial, al modelo militarizado de la *Seguridad nacional*[18] tan querido a los epígonos del general Pinochet.

¿JUSTICIA LIBERADA?

Para tender hacia menos injusticia, ¿llegará el tiempo de instaurar normas jurídicas y jueces en el espacio liberado de fronteras y desmaterializado en el que se comenten los pillajes? ¿Un derecho real y unos jueces reales?

Es cierto que la amplitud de los pillajes, la nocividad de sus consecuencias y la impunidad de la mayoría de sus autores son cada día más ostensibles, mejor conocidos y cada vez menos tolerados, incluso en los foros internacionales.

En el seno de la Organización de Naciones Unidas, en los círculos del Banco Mundial, en el Consejo de Europa, en el Parlamento Europeo, en Davos o en Internet, las encuestas, las iniciativas, las reuniones y las consultas de expertos se multiplican. Un trabajo febril da origen a recomendaciones, a tratados que incitan a los Estados signatarios a reformar sus legislaciones, a comprometer medios, a coordinar sus políticas, a actuar.

Si estos esfuerzos debieran quedarse en puramente mediáticos e inscribirse en la mera retórica, los pueblos podrían dudar de la sinceridad de los compromisos de los gobernantes de combatir realmente el crimen organizado.

Surge de nuevo la irreverente sospecha del interés de los poderosos en los beneficios de la ilegalidad. Siempre ha agitado a los hombres, a menudo no sin justas razones. Nuestra época de *tangentópolis*, de *mundialización*, de creciente separación entre unos pocos ricos y tantos pobres[19], ya sean naciones o individuos, impulsa la generalización de la sospecha. Si no se tiene cuidado, esta propagación de la desconfianza, tanto si no más que el crimen organizado por sí mismo, puede minar el nivel de democracia del que disponemos.

Por ello, en la línea de los autores del Manifiesto de Ginebra y junto con ellos, hemos decidido hacer oír nuestras voces, como ciudadanos y como magistrados preocupados en ejercer nuestra función, toda nuestra función y nada más que ella.

Ha de que saberse que el conflicto es universal, que la justicia es una lucha y todas las cosas se engendran conforme a la lucha y a la necesidad ... (Heráclito, *Fragmento 88).*[20]

(Traducción de Miguel CARMONA RUANO).

---

datos definitivos e irreversibles. Piénsese en las "renovaciones de cuadros" en Croacia, en Bolivia, en Perú, en Paquistán, muy cerca de nosotros en la ex RDA y pronto quizás en Polonia o en Rumanía. Piénsese también, en América Latina, en las leyes de punto final y en los jueces sin rostro.

[16] Si bien el conflicto rara vez es frontal, puede generalizarse cuando el conjunto de instituciones judiciales se somete a un *aggiornamento* (Bélgica, Italia). Está latente cuando las reglas del juego judicial y los escasos medios de actuación no se adaptan a la explosión de los contenciosos, lo que ocurre casi en todos lados, con mención especial de Portugal y de Bélgica.

[17] Se me perdonará el lenguaje guerrero, que era a veces muy bello. "*Enfants perdus*, soldados que marchan, para llevar a cabo alguna misión extraordinaria, a la cabeza de un cuerpo mandado para apoyarlos: llamados así porque su servicio es particularmente peligroso. Esta locución proviene quizás de los *infantes [en español en el original, N. del T.]*, expresión española de la que nace la palabra *infantería [idem]*. Littré, *Dictionnaire de la langue française.* Nosotros hablaríamos hoy de comandos. *[He preferido mantener en el texto la expresión francesa original, 'enfants perdus', por su especial expresividad, en lugar de su equivalente en castellano, que en términos militares sería seguramente 'avanzadilla'].*"

[18] *[En español en el original, N. del T].*

[19] El "club de los multimillonarios (en dólares) del planeta" cuenta en la actualidad con 450 miembros y detenta por sí solo una fortuna muy superior al producto nacional bruto acumulado de los países pobres donde vive el 56 % de la población mundial, según escribe Michel Chossudovsky, *loc cit.*

[20] Esto se ha dicho hace 25 siglos.

El genocidio indígena del Gobierno mexicano tiene signo de pesos... Chiapas y el PRI

Sanjuana MARTINEZ

Desde el primero de enero de 1994, fecha en que se dio a conocer el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) la violencia en Chiapas ha ido en ascenso: secuestros de pueblos enteros, crímenes de toda índole, masacres, ejecuciones sumarias, asesinatos extrajudiciales y una guerra civil que recuerda los peores tiempos que vivió Centroamérica.

Chiapas, estado rico en recursos naturales, está considerado "el mayor tanque petrolero", el "refrigerador reserva" de alimentos del país y el "gran abastecedor" de energía por sus presas hidroeléctricas, pero el Estado sureño mexicano, es también el número uno en despojos, represión, presos políticos, abusos de los derechos humanos, asesinatos e impunidad.

Siempre había sido un feudo priísta, hasta que llegaron los zapatistas. El Partido Revolucionario Institucional con casi setenta años en el poder, estableció a través de grupos caciquiles, su dominio y con el apoyo de los "escuadrones de la muerte" su terror.

La guerra zapatista que duró 12 días dejó un saldo de 152 muertos. Y desde entonces, en las zonas norte y Altos de Chiapas se han registrado oficialmente más de 800 asesinatos.

Sin embargo, las cifras que manejan las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos que trabajan en la zona, son mayores. Tan sólo durante, el gobierno de Julio César Ruiz Ferro, que asumió el poder el 14 de febrero de 1995, más de 1.500 indígenas chiapanecos han sido asesinados, lo que se traduce en un promedio de por lo menos 15 víctimas a la semana.

Este saldo, está inscrito en una "guerra de baja intensidad". Una de las guerras más crueles, porque es lenta, paulatina y poco conocida en su real dimensión. La militarización de Chiapas y la actividad de ocho grupos paramilitares "patrocinados", "alentados", "protegidos" o "exculpados" por el PRI es una de las realidades internas de México.

Los "escuadrones de la muerte" llamados eufemísticamente "guardias blancas" con la complacencia del gobierno local y federal y principalmente del ejército mexicano que controla la zona, llevan a cabo un exterminio de los pueblos indígenas que luchan ancestralmente por el reconocimiento constitucional de sus derechos.

Los grupos paramilitares surgieron y se multiplicaron en Chiapas a raíz del anuncio del subcomandante Marcos a principios de 1995, de que el EZLN controlaba por lo menos 19 municipios de la entidad.

Empezaron a organizarse principalmente en los lugares donde el PRI perdió las elecciones locales. Aparecieron en Tila, Sabanilla, Salto de Agua y Tumbalá. Luego crearon otros grupos en los municipios de Los Altos y en Pentelhó.

Además de la represión y la institucionalización del terror y la violencia, estos grupos tienen como finalidad defender el territorio político perdido electoralmente por el PRI, según denunció el Centro de Derechos Humanos "Miguel Agustín Pro", que los denomina "escuadrones de la muerte" como los que operaron en Centroamérica.

Los grupos paramilitares hasta ahora descubiertos son: "Paz y Justicia", "Alianza Fray Bartolomé de los Llanos", "Los Chinchulines", "Movimiento Insurgente Revolucionario Antizapatista (MIRA), "Máscara Roja", "Los Degolladores", "Fuerzas Armadas del Pueblo" y "Tomas Munzer".

La Comisión de Concordia y Pacificación (Cocopa), creada a comienzo de 1995 para coadyuvar a la paz en Chiapas, tiene documentos donde se narran la actividad de los paramilitares. El diputado federal del Partido de la Revolución Democrática (PRD) Gilberto López Rivas, miembro de la comisión ha denunciado la impunidad con la que trabajan los "escuadrones de la muerte" que hacen lo que los soldados y policías no pueden hacer.

La absoluta complementariedad entre la presencia del ejército mexicano a través de patrullajes, instalación de más retenes y, en general toda una estrategia militar y la acción de la policía local y los paramilitares, con la complacencia o apoyo, del PRI-Gobierno, ha sido denunciada en múltiples ocasiones por diversas personas y organismos.

Tres días antes de Navidad, 46 indios tzotziles, principalmente mujeres y niños fueron asesinados mientras rezaban en Acteal, Chenalhó. Las crónicas de la masacre que dieron la vuelta al mundo, hablan de hechos dantescos: mujeres embarazadas con el vientre abierto, niños mutilados a machetazos y hombres muertos por las balas expansivas que por la espalda les fueron disparadas por miembros del grupo paramilitar "Máscara Roja" ligado al Partido Revolucionario Institucional (PRI), según denunció el subcomandante Marcos.

¿Por qué estaban allí los indios tzotziles? Fueron desplazados por los priístas de sus pueblos natales. Un total de 325 tzotziles poblaron Acteal, en la cañada, en el lugar que eligió y premeditó el PRI.

La matanza de Acteal forma parte de una estrategia contrainsurgente precisa, diseñada en octubre de 1994 por la Secretaría de la Defensa Nacional para ser aplicada por la Séptima Región Militar con sede en Tuxtla Gutiérrez con el objetivo clave de: "romper la relación de apoyo que existe entre la población y los transgresores de la ley".

El documento secreto "Plan de Campaña en Chiapas 94" fue dado a conocer por la revista *Proceso* y señalaba que los servicios de inteligencia militar debían: "organizar secretamente a ciertos

sectores de la población civil: entre otros a ganaderos, pequeños propietarios e individuos caracterizados con un alto sentimiento patriótico, quienes serán empleados en apoyo de nuestras operaciones".

Esto confirma la acción de los grupos paramilitares, denunciado insistentemente por el subcomandante Marcos, la diócesis de San Cristóbal de las Casas y organismos no gubernamentales de defensa de derechos humanos y negado reiteradamente por el expresidente Carlos Salinas de Gortari y el presidente Ernesto Zedillo Ponce de León.

La estrategia del ejército mexicano incluye el desplazamiento de las bases civiles que apoyan a los zapatistas, un drama que actualmente viven casi 6.000 indígenas.

Los atropellos, atrocidades y asesinatos de los paramilitares han sido denunciados reiteradamente. Existen además informes rigurosos al respecto como el de Andrés Aubry y Angélica Inda, investigadores del Instituto de Asesoría Antropológica para la Región Maya (Inaremac), que explican que el antecedente de los paramilitares son los pistoleros o guardias blancas, con la diferencia de que los pistoleros no son agentes externos a las comunidades y actúan relacionados con las fuerzas del orden e intervienen con armas de estas policías.

¿Quiénes son los paramiliatres? es el título de su estudio que concluye con una verdad indiscutible: "estos criminales son producto del sistema y de sus opciones económicas, agrarias y laborales".

La preparación de índole fascista que reciben estos grupos paramilitares es muy parecida a la de los kaibiles de Guatemala, auténticos "rambos" con visibles muestras de consumo de drogas.

Un informe del Centro "Fray Bartolomé de las Casas" titulado "El camino de la masacre" adelantaba de la tragedia que podía pasar en Acteal. Fue entregado 21 días antes del suceso a la Coordinación General de los Altos y Selva de Chiapas de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH). El estudio se remontaba a mayo de 1997, cuando se recrudeció una escalada de violencia soslayada por las autoridades priistas estatales y un grupo armado asesinó a cuatro personas, secuestró a una más y dañó casas en los ejidos de Los Chorros, Polhó, Majomut y Acteal.

A consecuencia de lo anterior, más de 1.000 indígenas abandonaron sus comunidades por el temor de ser agredidos nuevamente. A partir de esa fecha los enfrentamientos se hicieron más frecuentes.

Esta organización no gubernamental de derechos humanos, denunció después de la matanza de Acteal en un estudio titulado "Ni paz ni justicia" que la "versión mexicana" de la guerra de baja intensidad que se desarrolla en Chiapas es una estrategia global de contrainsurgencia que abarca aspectos económicos, psicológicos y que comprende tres frentes: el castrense, el civil y el de la opinión pública.

Según este estudio, la estrategia de los paramilitares mexicanos tiene su precedente en el conflicto entre Estados Unidos y Vietnam, sistema que fue utilizado "exitosamente" en Guatemala, El Salvador y Nicaragua, así como en Angola y Etiopía.

El genocidio en Chiapas fue denunciado antes de que llegaran los zapatistas. El 29 de noviembre de 1976, el doctor Rodolfo Stavenhagen, actual presidente de la Comisión de Seguimiento y Verificaciones para los Acuerdos de Paz de San Andrés Larráinzar, que tampoco funcionaron por el incumplimiento del gobierno a lo pactado, denunció el genocidio que desde entonces sufría Chiapas.

En un documento presentado en ese entonces, Stavenhagen decía: "elementos del ejército desalojaron violentamente a centenares de familias indígenas; incendiaron y destruyeron casi 300 chozas; pillaron y robaron las pocas pertenencias de los indios; destruyeron una escuela con su material escolar; amenazaron y vejaron a mujeres y niños; golpearon a quienes oponían resistencia; secuestraron a varios campesinos, y dejaron abandonadas a su suerte, totalmente desamparadas y a la intemperie, a las víctimas".

La realidad en la que hizo su aparición el EZLN en enero de 1994, está precedida por cientos de casos de violaciones de derechos humanos, incluidos secuestros y asesinatos de indígenas.

La matanza de Acteal no ha sido la única que ha estremecido las entrañas de los mexicanos: el 15 de junio de 1980 el gobernador priista Juan Sabines Gutiérrez había ordenado el desalojo violento de por lo menos 1.000 indígenas, que en el poblado de Wolonchán tenían invadidos unos ranchos propiedad del cacique Gustavo Flores.

La cantidad de muertos, no conoció cifra oficial, pero el pueblo casi desapareció. Como ahora, desde entonces el PRI es acusado por los indígenas de querer acabar con ellos, de ser "cómplice" de los terratenientes que les explotan con salarios inferiores a los 15 pesos diarios (225 pesetas), jornadas mayores a las 16 horas, cárceles clandestinas y con deudas que los obligan a trabajar de por vida para poder pagar.

Al año siguiente de la matanza de Wolonchán, concretamente el 5 de marzo de 1981 se registró un desalojo más en el ejido "15 de septiembre", municipio de Ciudad Hidalgo, en el que 10 campesinos resultaron muertos, 35 heridos y tres desaparecidos.

Ese día, alrededor de las 16:00 horas, las fuerzas represivas llegaron acompañadas por los latifundistas Mario Gaxiola e Hilario, entre otros, actuando por petición expresa de la promotoría de la Reforma Agraria.

En Chiapas, la barbarie existente se refleja en la actualidad en prácticas tan primitivas como lo que les sucede a los indígenas que se rebelan contra sus patrones y deciden no trabajar. A ellos por exigir sus derechos se les castiga colgándolos de los dedos pulgares hasta que mueren, de acuerdo a las denuncias recibidas.

Por lo tanto, temerosos de la represión, los indígenas huyen desde hace años a las ciudades chiapanecas para engrosar los cinturones de miseria. Allí se encuentran con el "dominio ladino", es decir, los mestizos mexicanos que se sienten superiores al indígena y lo explotan cobrándole "impuestos fantasmas" por estar en la plaza del pueblo y ven-

der sus artesanías. La otra opción que tienen es someterse a los caciques como peones, sirvientes, o prácticamente vivir de la limosna.

Ante esta situación, en agosto de 1985, el gobierno en Chiapas, del general priísta Absalón Castellanos Domínguez fue enjuiciado por un tribunal campesino que, con base en testimonios y denuncias, le declaró responsable de encabezar una política etnocida contra más de 800.000 indígenas chiapanecos.

En ese entonces, escritores, investigadores, políticos de la oposición, miembros del magisterio y organizaciones obrero-campesinas, constituidos como "gran jurado", resolvieron exigir justicia y castigo a los responsables de tanto número de violaciones de derechos humanos.

La respuesta del gobierno mexicano fue tajante, según la denuncia de Amnistía Internacional un año después: siete campesinos fueron asesinados por elementos de Seguridad Pública (policía local), otros cinco quedaron detenidos y en dos años más de 300 indígenas habían desaparecido.

El mandato del general Castellanos Domínguez fue calificado como el más represivo de la República y los indígenas en plena campaña presidencial del candidato del PRI, recibieron a Carlos Salinas de Gortari con el siguiente mensaje: "Conozca Chiapas y disfrute de su represión".

La dramática situación que se vivía entonces, fue recogida en "Cronología de un etnocidio reciente" que elaboró la Academia Mexicana de Derechos Humanos en donde narraba más de 500 hechos sangrientos ocurridos en el sexenio del general Castellanos y el asesinato de más de un centenar de inconformes con el gobierno. También incluía datos sobre las cárceles chiapanecas que están llenas de indígenas, líderes campesinos y magisteriales, acusados de falsos delitos o simplemente encarcelados sin las mínimas garantías judiciales.

Este gobierno priísta fue rebasado en número de delitos por el siguiente, el del gobernador Patrocinio González Garrido, primo político del presidente Salinas de Gortari. El nuevo gobernador ordenó el 12 de julio de 1991 que 340 personas entre hombres, mujeres y niños que marchaban desde la Selva Lacandona hasta la capital del país para protestar por un saqueo, fueran reprimidas y encarceladas.

Un año después, los indígenas realizaron una nueva "marcha Xi Nich" por la paz y los derechos humanos para denunciar las arbitrariedades del gobierno de Patrocinio González: "conmemoramos los 500 años de la conquista con detenciones masivas; torturas, despojos, discriminación racial, social y política, asesinatos, aprehensiones ilegales y reformas a la legislación estatal con las que se anulan garantías constitucionales de asociación y de reunión", decía su documento.

La historia de Chiapas está llena de excesos. El caso del ejido Morelia es uno de los más escandalosos. Cientos de soldados del 78 Batallón de Infantería tomaron el poblado el 7 de enero de 1994 y detuvieron a más de 30 indígenas. De acuerdo con Amnistía Internacional y Human Rights Watch-Américas, existen "al menos 22 asesinatos extrajudiciales cometidos por los militares" que no han sido esclarecidos y menos castigados.

El sistema feudal que impera en la zona y que se remonta al período anterior a la Revolución mexicana, emplea métodos que dejarían frío a cualquiera. Como muestra, un botón: en mayo de 1995, miembros de la Unión Campesina Popular Francisco Villa fueron desalojados de las fincas "Liquidámbar" "Prusia", "Las Chicharras" y "Sayula" ubicadas en la Sierra Madre de Chiapas propiedad de caciques alemanes y de la familia Orantes Balbuena, ligada según los villistas, al PRI y al narcotráfico

Los campesinos se habían apoderado de estas villas llevados por la desesperación, porque miles de ellos eran obligados a trabajar jornadas de más de 12 horas, se les pagaba con moneda sin valor o alcohol y tenían que adquirir productos en la tienda del matrimonio Hudler Schimpf, dueño de las fincas.

Los alemanes mantenían a los indígenas hacinados en cobertizos. Unicamente les daban de comer fríjoles y tortillas y se les castigaba en prisiones construidas en las mismas fincas.

Estos son sólo algunos ejemplos, de los cientos que existen para reflejar la actual realidad de Chiapas. Las famosas negociaciones de paz entre el gobierno federal y el EZLN han fracasado sistemáticamente y no han impedido que la violencia aumente; al contrario, cada fase del diálogo suspendido desde hace más de año y medio fue precedida de algún acto de represión.

La falta de voluntad política del gobierno mexicano para llegar a un auténtico acuerdo impide el avance hacia el camino de la paz. Su discurso externo es conciliador, pero el interno es represivo.

El instrumento para llegar a la anhelada paz son los acuerdos de San Andrés, pero prácticamente la totalidad de éstos, han sido incumplidos por el gobierno del presidente Ernesto Zedillo, que insiste en señalar como "asuntos internos" las violaciones de derechos humanos en Chiapas y ha instituido una política de acoso y deportación contra los extranjeros miembros de organismos humanitarios.

Al PRI se le fue de las manos el Estado de Chiapas y el gobierno ya no controla la situación. Por un lado ha perdido la línea de diálogo con los insurgentes y por otro, la dirección política de las demás fuerzas en conflicto: el ejército, la oligarquía económica del territorio y los paramilitares.

El partido-gobierno no quiere perder su feudo electoral. Tradicionalmente el PRI engañaba a los indígenas prometiéndoles agua o energía eléctrica a cambio de su voto. En un tiempo lo logró, pero ahora el pueblo chiapaneco se ha levantado dignamente para exigir democracia y libertad.

El movimiento de las comunidades indígenas por su autonomía ha logrado consolidarse a partir de la irrupción armada del EZLN. Son ya 38 municipios rebeldes a pesar del cerco militar y de las constantes maniobras de los grupos paramilitares, que pretenden someterlos a sangre y fuego.

En el avance indígena, se ha alcanzado un punto de no retorno. La acción cívica de los indios chiapanecos, su organización, su fuerza y su dramática

situación les lleva acuñar su lema: "luchar y morir combatiendo o morir de hambre".

Ante esto, la pregunta que surge, es la misma que se hacen muchos mexicanos y extranjeros: ¿por qué después de 500 años los indios siguen estando marginados y explotados? El problema fundamental es que no se les reconoce como parte integral de la nación.

El historiador Enrique Florescano en su libro "Etnia, Estado y nación" dice una vergonzosa verdad que lo explica: "la contradicción mayúscula que implica el hecho de que en los libros de historia patria se diga que 'las etnias fueron las creadoras de la civilización mesoamericana, una de las más altas de la antigüedad' y afuera de la escuela los indígenas sean considerados seres inferiores y no representativos del verdadero México".

La lucha antisecuestro en Colombia (o el extravío de la razón punitiva)

Gloria-Patricia LOPERA MESA

"He volteado por zonas de colonizacion y metederos de pueblos, por ríos y caminos, buscando al hombre, pero confieso que siempre encontre el miedo. El miedo que nos invade y nos empuja a la violencia. El miedo al policía y al juez, al terrateniente y al comerciante, al bandido o al guerrillero, el miedo al pobre, el miedo al sucio. La violencia quizas no sea sino el miedo que nos tenemos entre todos. Guardo la esperanza de que al quitarnos las máscaras que tanto nos asustan comencemos a derrotar la violencia"

Alfredo Molano
El miedo que nos tenemos[*]

1. EL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO PARA MINIMIZAR VIOLENCIAS

El garantismo ofrece una doctrina de justificación del derecho penal y de la pena al concebirles como técnicas institucionalizadas de minimización de la violencia. De ahí la doble finalidad preventiva que asigna al derecho penal, instrumento con el cual se trata de evitar tanto la violencia asociada al delito como aquella derivada de los castigos privados, arbitrarios o desproporcionados. Considero que sólo desde esta perspectiva teórica se logra dar respuesta a las fundadas críticas al sistema penal lanzadas por el abolicionismo, se superan las objeciones formuladas a las concepciones absolutas que avalan la intervención penal como un fin en sí mismo y a aquellas que, desde un utilitarismo unidimensional, centran el fin del derecho penal en la *defensa social* frente a la comisión de futuros delitos[1]. De otro lado, al vincular el derecho penal a esta doble finalidad se ofrece una justificación relativa, condicionada, *a posteriori*, y que a la vez opera como doctrina de deslegitimación de los ordenamientos realmente existentes, en tanto un sistema penal "está justificado únicamente si la suma de las violencias —delitos, venganzas y puniciones arbitrarias— que él puede prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ellos conminadas"[2].

De ahí la necesidad de destacar esa *segunda finalidad* que busca hacer del derecho penal y de la pena medios para procurar el mínimo sufrimiento necesario a los "desviados", al sustraerles del peligro que representan las puniciones informales animadas por sentimientos de venganza privada o colectiva[3]. Este parámetro de utilidad, a menudo olvidado por muchas doctrinas de justificacion y acaso desapercibido desde el "sentido comun", ha de ser el fin prioritario del derecho penal. Son varias las razones para considerarlo así:

a) Sólo tal fin marca la diferencia entre la penalidad formal y demás formas de reaccion punitiva frente al delito, al introducir en aquella la idea de límite e intentar contrarrestar el ánimo de vindicta nunca del todo ausente de los sistemas penales[4].

b) Las justificaciones ofrecidas por el utilitarismo tradicional, al ubicar el fin del derecho penal en la protección de la mayoría "no desviada" y excluir toda consideración por los destinatarios de la pena, han merecido críticas incontestables a la luz de las dos leyes kantianas de la moral. Al no intentar siquiera ponerse en el lugar de quienes sufren las penas y al proponer el castigo ejemplar de un hombre como medio para evitar que los demás se abstengan de delinquir, se contraviene tanto el imperativo que prescribe actuar "de modo que la máxima de tu acción pueda convertirse en una ley general" como aquél que postula al hombre como un fin en sí mismo quien, por ende, "no debe jamás ser tratado como un puro medio al servicio de los fines de otro"[5].

c) Concebir el derecho penal como un mecanismo para proteger a la sociedad a costa de menoscabar las garantías del procesado/condenado —bajo la comprensión de que el interés social se identifica con la protección de sus miembros "no delincuentes"— es perder de vista que la conquista de límites al derecho de punir va ligada a la vigencia universal de los Derechos Humanos, al operar como técnicas dirigidas a asegurar el respeto de espacios de libertad que hagan posible la dignidad *para todas las personas*, también para los transgresores o disidentes.

d) Subordinar el castigo estatal únicamente al interés de la seguridad de los "no desviados" propicia una configuración autoritaria del derecho penal por

---

[*] Publicado en *El Tiempo*, Santafe de Bogota, 28 de septiembre de 1994, pág. 5 A.

[1] Cfr. Ferrajoli, Luigi (1986); del mismo autor (1995), pags. 321-349.

[2] Ferrajoli, Luigi (1986), pág. 39.

[3] Asignar tal cometido a la pena no implica encubrir su esencia aflictiva sino sostener con el autor citado que "siendo un mal, sin embargo, la pena es siempre justificable si (y solo si) se reduce a un mal menor respecto a la venganza o a otras reacciones sociales, y si (y sólo si) el condenado obtiene el bien de sustraerse —gracias a ella— a informales puniciones imprevisibles, incontroladas y desproporcionadas". Ibid, pág. 40.

[4] Pues debe admitirse que, no obstante cualquier pretension de racionalizar el castigo, "en la ejecucion de la pena mas regular, en el respeto mas exacto de las formas jurídicas, se encuentran las fuerzas activas de la vindicta" Foucault, Michel (1990), pág. 54.

[5] Ferrajoli, Luigi (1986), pág. 34.

cuanto "si el fin es la máxima seguridad alcanzable contra la repetición de futuros delitos, ella servirá para legitimar apriorísticamente los máximos medios"[6], mientras que si el fin es el mínimo de sufrimiento necesario para la prevención de futuros delitos y de injustos castigos, "estarán justificados únicamente los medios mínimos, es decir, el mínimo de las penas como también de las prohibiciones"[7].

De ahí que sólo es posible pensar el derecho penal como instrumento para reducir violencias en ordenamientos orientados conforme a un modelo de *derecho penal mínimo,* tendiente a la máxima reducción cuantitativa de la intervención penal, la más amplia extensión de sus vínculos y límites garantistas y la radical exclusión de otros métodos punitivos[8]. Un ejercicio penal así entendido se enmarca en lo que denomino *razón punitiva*, como la aspiración de racionalizar —de sujetar a la tríada del proyecto ilustrado— la siempre problemática práctica del castigo.

Frente al coro de voces que en la actualidad propugna por endurecer la respuesta punitiva, la inocuización de los delincuentes a través de la pena de muerte o de su secuestro institucional definitivo, este artículo pretende, a partir de la exposición de un fragmento de la realidad colombiana, poner de manifiesto los peligros y paradojas de convertir la lucha contra el delito en *única ratio* de la intervención penal.

2. COLOMBIA: UN CASO CLINICO

La campaña que en todos los frentes se ha desatado para luchar contra el delito de secuestro en Colombia es un buen ejemplo, si bien no el único entre nosotros, de los peligros que genera y tolera un manejo irracional del poder punitivo. Pero antes de referirnos a este fenómeno en particular, es necesario ubicarlo en su entorno y, para ello, intentar un esbozo de la crisis colombiana.

2.1. Una mirada al contexto:

Debe considerarse, en primer lugar, que la problemática del secuestro en nuestro país se inscribe en el complejo entramado de violencias que hace de Colombia escenario de una guerra irregular cotidiana, calificada por American Watch como "la más antigua y sangrienta de América Latina"[9], donde no miden sus fuerzas dos bandos claramente identificables, sino múltiples actores que a veces actúan dispersos y enfrentados entre sí, otras veces imbricados en alianzas veladas o expresas, tornando indiscernible para muchos el panorama de nuestro conflicto armado interno: grupos guerrilleros[10], autodefensas, paramilitares[11], grupos parapoliciales de vigilancia y justicia privada[12], milicias populares[13], sectores armados asociados al narcotráfico[14], la criminalidad organizada y común; lista a la que se suma el despliegue de fuerza de las agencias estatales al combatir a los demás actores del conflicto.

Pero esa guerra esquizoide se ve favorecida por otras violencias perceptibles tras el lenguaje de la macroeconomía, las cuales hacen pensar si acaso *ese miedo que nos tenemos* proviene del abismo social y económico que nos separa. En 1990 esta era la descripción:

---

[6] Ibid, pág. 33.

[7] Ibid, pág. 33.

[8] Cfr. Ferrajoli, Luigi (1995), pág. 343. Al fundamentar su modelo garantista, el profesor italiano parece condicionar la exigencia de minimizar la violencia punitiva según *"el nivel de civilización de los ordenamientos de los que se habla"*, y en tal sentido afirma que *"en una sociedad bárbara, en la que la tasa de violencia es alta tanto en lo que se refiere a las ofensas como en la propensión a las venganzas, será también relativamente alta la violencia institucional necesaria para la prevención; mientras que en una sociedad evolucionada y tolerante, en la que la tasa de violencia sea baja, no se justifica un derecho penal particularmente severo"* (ibid, pág 344, cursivas fuera del texto). Considero que valerse de este argumento en pro de un derecho penal mínimo resulta ambiguo porque, empleado en sentido contrario, el mismo sirve para justificar respuestas penales tendencialmente maximalistas en sociedades adjetivadas como violentas. De otro lado, resulta poco afortunado este raciocinio porque se apoya en la tesis —opinable— de que la sociedad contemporánea es menos violenta que la medieval; discutible porque parece ignorar que el calificar algo como "violento" comporta un poder de definición —ese sí relativo e históricamente condicionado— similar al que se ejerce al definir lo que es o no delito.

[9] American Watch (1994), pág. 15.

[10] El movimiento guerrillero surge a mediados de la década de los sesenta con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - FARC, como herencia de la violencia partidista que culminó formalmente con la instalación del Frente Nacional Posteriormente se fortaleció con la creación de otros grupos como el Ejército de Liberacion Nacional - ELN, el Ejército Popular de Liberación - EPL, el M-19, el grupo Autodefensa Obrera - ADO, el pro-indigenista Quintín Lame, entre otros. En la década de los ochenta se promovió un intento de unificacion con la creacion de la Coordinadora Guerrillera "Simón Bolivar", experiencia que no logró su cometido, advirtiéndose, por el contrario, una cierta tendencia a la fragmentación de los grupos guerrilleros favorecida por los conflictos internos y los procesos de negociación con el gobierno, los cuales han generado disidencias, enfrentamientos y el transito de algunas guerrillas a la vida civil (y de sus miembros a otros grupos subversivos o a otros bandos de la guerra) Cfr , entre otros, Behar, Olga (1985); Vargas, Alejo (1990); Garcia García, Alejandro (1996), págs. 59 y ss.

[11] Cuya lógica obedece al fenómeno de la "privatizacion" de la lucha contrainsurgente, y que en los últimos años se ha fortalecido y generalizado escandalosamente al transformarse "de pequeños grupos locales destinados a aumentar la capacidad militar para proteger las fincas privadas y las comunidades rurales de los ataques de la guerrilla, en poderosas estructuras militares capaces de operaciones coordinadas en todo el país" Amnistía Internacional (1994), pág. 47 Para ilustrar el fenómeno de la violencia paraestatal en Colombia, cfr. Garcia García, Alejandro (1996), NCOS (1995); Sotomayor Acosta, Juan Oberto (1995), Uprimny Yepes, Rodrigo y Alfredo Vargas Castaño (1990)

[12] Muchos de los cuales operan asociadas a estructuras paramilitares y algunos otros cuentan con reconocimiento jurídico, como las llamadas CONVIVIR (cooperativas de vigilancia rural) creadas con el objetivo de recuperar la seguridad en el campo, mediante la realización de labores de inteligencia para ubicar y denunciar a los delincuentes y subversivos que operan en la zona rural, pero que han sido criticadas principalmente por considerar que su existencia supone involucrar a la sociedad civil dentro del conflicto armado y porque, más allá del sedicente derecho de defensa que invocan para legitimar su accion, el principal motor de estos grupos armados es extender la frontera agrícola de los grandes terratenientes. Cfr Mújica Escobar, Héctor (1997); Cordoba Triviño, Jaime (1996), pag 72-74

[13] Las cuales —según Amnistía Internacional— "se autocalifican de patrullas de civiles armados cuyo objetivo es proteger a los habitantes de los barrios marginales de los abusos de las bandas organizadas de jovenes y de las fuerzas de seguridad Si bien los orígenes de las numerosas patrullas civiles armadas de los barrios marginales no siempre están claros, el uso de nombres como Milicias Bolivarianas y Pueblo para el Pueblo sugiere que, por lo menos algunas, estan vinculadas a organizaciones guerrilleras" Amnistía Internacional (1994), págs 62-63.

[14] Sobre la insercion de la guerra contra las drogas en el marco del conflicto colombiano, cfr. Palacio, Germán y Fernando Rojas (1990).

"La distribución del ingreso no sólo es muy concentrada, sino que tiende a acentuar aún más ese rasgo: en 1970, el 30% más rico de la población urbana del país concentraba el 67,4% del ingreso; doce años después, en 1982, esa proporción había subido a 72,9%. En todo ello influyen por cierto altos grados de concentración de la propiedad: tres empresas cubren el 70% de la producción total de alimentos procesados, otras dos producen el 90% de hilo de algodón y una sola fabrica el 90% de los envases de vidrio [...] y en el campo, 78% de los propietarios rurales ocupan el 18,7% de la tierra, mientras el 3,1% es dueño del 61,4% de la superficie cultivable [...]"[15].

Panorama que se ha visto agudizado tras una década de políticas de ajuste neoliberal, en cuyos resultados contrasta el aumento de utilidades del sector financiero con la marcada recesión de sectores que han sido importantes generadores de empleo, como el textil, industrial y agropecuario; crisis que ha llevado al concordato a cerca de un centenar de empresas, con el consecuente incremento del desempleo, abierto[16] y encubierto tras el velo de la informalidad y el "rebusque". En un reciente estudio se condensa en cifras la situación:

"...la crisis agropecuaria se manifestó en la pérdida de cerca de 230.000 puestos de trabajo en las zonas rurales del país entre 1991 y 1993; en el mismo período se registró un aumento dramático de los niveles de pobreza, y el porcentaje de la población rural en condiciones de indigencia se elevó del 26,7 al 31.2%. Otras cifras estremecedoras presentadas por el documento del gobierno son las siguientes: el 53,6% de la población colombiana vive por debajo de los niveles de pobreza; más de la mitad de ella no tiene acceso a agua potable, y casi un 65% de la misma carece de alcantarillado. Alrededor de la mitad de la población urbana y el 80% de la rural no cuenta con seguridad social. El 19% de los colombianos jamás recibe atención médica. El déficit de viviendas en el país es de aproximadamente dos millones de unidades [...] En el quinquenio 1990-1995 el salario mínimo creció en un 265,3%, mientras que la llamada Canasta Familiar de estrato bajo aumentó en un 331,6%. Como reflejo de ese deterioro, la población activa pobre pasó de 4 millones en 1989 (correspondiente al 43,6% de la población activa total) a más de diez millones en 1995 (58,3%)"[17].

Frente a este dramático cuadro, las políticas sociales de los últimos gobiernos (Barco, Gaviria, Samper) pueden caracterizarse como un agregado de medidas de corte asistencialista y fragmentario, dirigidas no a procurar la redistribución del ingreso o la reactivación de los sectores productivos, sino la sostenibilidad política de la reforma neoliberal, cuya puesta en práctica ha venido a acentuar los problemas derivados de la inequitativa distribucion del ingreso y de la falta de oportunidades de acceso a bienes sociales como la vivienda, la salud, el sistema educativo y el empleo, condenando a gran parte de la población a librar la batalla por la subsistencia al margen de la "racionalidad del mercado".

Esta virtual ausencia de política social contrasta con el fortalecimiento de la intervención penal, siguiendo así la tendencia —observable hoy en día tanto en el centro como en la periferia del capitalismo— a conjugar una política social asistencialista y compensatoria con una función policiaca del Estado, cuya única respuesta es la fuerza para reprimir el descontento de los excluidos o sobrantes del mercado[18].

Con la anterior descripción no se pretende una explicación causal que reduzca la crisis a la ecuación pobreza = violencia/delincuencia[19]; se busca ilustrar cómo el cotidiano recurso a la violencia no puede interpretarse como la suma de conductas individuales anómalas sino como manifestación de graves perturbaciones sociales que en el caso colombiano resultan de la confluencia de múltiples factores, entre ellos:

— Una sociedad altamente jerarquizada y desigual, favorecida tanto por la alta concentración del ingreso, como además por la pervivencia de una mentalidad *premoderna*, que no concibe al hombre como sujeto de derechos sino merecedor de privilegios o dádivas, llegando a desarrollar lo que algunos llaman una "ética de la desigualdad"[20].

— La consagración formal de un sistema democrático en contraste con la real oclusión de los canales de participación política.

— La pervivencia de un estado de excepción que posterga *ad infinitum* la vigencia efectiva de los derechos y libertades yacentes en las normas superiores del ordenamiento.

— La colonización de *lo público* por los poderes privados, que se advierte no sólo en el plano económico con la aplicación de fórmulas neoliberales, sino en la instrumentalización de la gestion estatal para fines particulares, desvirtuando con ello la esencia misma del Estado como lugar de lo público.

— Una sociedad civil débil y atemorizada, resultado de una integración social cuyos referentes pri-

[15] Pedro Vuskovic Bravo, citado por Pérez Toro, William Fredy y otros (1997), pág 29.

[16] Para junio de 1997 el desempleo alcanzó un promedio nacional de 13,6%, alcanzando cifras superiores en ciudades como Medellín (15,5%) y Cali (18,8%).

[17] Ahumada, Consuelo (1996), págs. 17 y 22.

[18] Cfr. Sarmiento Anzola, Libardo (1996), págs. 42-43.

[19] Coincidimos con quienes señalan que "descalificar o afirmar causalidades en las ciencias sociales resulta de todas maneras más problemático en tanto la causalidad está mediada por procesos históricos que turban la identificación y la apreciación de efectos, así como dificultan la determinación del momento originario para confrontarlo con un resultado". Por ello el método de comparar índices de violencia/índices de pobreza para establecer o descartar una relación causal entre ambos "resulta problemático porque la imposibilidad de verificar un resultado particular (violencia) en un grupo con ciertas características (marginalidad), no implica que en otro grupo con esta misma condición, no pueda encontrarse una respuesta violenta, atribuible precisamente a esa marginalidad. En algunas partes y en algunos momentos la violencia no es una consecuencia de la pobreza. No hay fatalidad alguna Se trata de una posibilidad verificable sólo en el estudio de cada sociedad en particular, en algunos tiempos, modos y lugares, la marginalidad traduce violencia, en todas las direcciones". Pérez Toro, William Fredy y otros (1997), pág. 27.

[20] Sarmiento Anzola, Libardo (1996), pag. 75

vilegiados han sido el ejercicio del terror y de la fuerza.

2.2. El fenómeno del secuestro y la campaña antisecuestro

La evolución y las características que asume este delito en Colombia no es ajena a la situación descrita. Así, la práctica —llevada a cabo por particulares[21]— de retener a una persona contra su voluntad para exigir algo por su liberación, ha seguido el ritmo de la conflictividad social y la violencia en nuestro país, siendo su móvil predominante la obtención de un provecho económico —el pago de un rescate a cambio de la libertad del retenido[22].

Inicialmente fue una actividad exclusivamente ligada a la delincuencia común, pero con el crecimiento y descomposición interna de los grupos subversivos, unido al aumento de las demandas de la guerra, estos comenzaron a valerse progresivamente del secuestro de grandes hacendados, comerciantes e industriales hasta convertir esta práctica en su principal fuente de ingresos[23], empleándola además con fines políticos o publicitarios. A su vez los grupos de autodefensa , aplicando aquello de "ojo por ojo, diente por diente" , secuestran a los familiares de jefes de grupos insurgentes para presionar la entrega de personas en poder de la guerrilla[24]. También sectores ligados al narcotráfico se han valido de la retención y cautiverio de algunos personajes públicos para presionar cambios en materia de política antidrogas y como medio para resolver disputas internas. Sin embargo, los secuestros cometidos por la delincuencia común con fines lucrativos siguen ocupando el primer lugar en las estadísticas[25].

Atendiendo al perfil de las víctimas se observa que, en general, pertenecen a los estratos sociales y a los sectores socioeconómicos de mayores ingresos: comerciantes, ganaderos, extranjeros y altos empleados de compañías multinacionales, así como personas vinculadas a la actividad política[26]. Este hecho explica que el *secuestro extorsivo* —aquél donde se exige un provecho económico a cambio de la liberación o persigue fines publicitarios— sea objeto de un mayor desvalor social y jurídico, con relación a los demás atentados contra la libertad personal. De otro lado, al examinar las cifras que ilustran la evolución de este delito se advierte un notorio aumento entre la década de los cincuenta y 1990[27], año a partir del cual los índices se han mantenido relativamente estables.

En tal devenir se fue gestando una fuerte campaña de opinión, encabezada por los medios de comunicación y auspiciada por la Iglesia (Católica) y los principales gremios económicos, con el fin de promover un ambiente social de especial animadversión frente a este delito, al punto de convertir la *cruzada antisecuestro* en un fin que justifica cualquier medio. El itinerario de dicha campaña es un testimonio elocuente del papel de los medios masivos de comunicación en la construcción discursiva de realidad, así como del autoritarismo larvado en una sociedad que se precia de su tradición civilista y se autoproclama como "la Democracia mas antigua y sólida de Latinoamérica". Algunos hitos son especialmente ilustrativos: Desde 1965, cuando la cifra de secuestros no superaba los 150 al año, ya se proponía la pena de muerte para este delito[28]; años después, volvía a hablarse de la pena capital, pero esta vez además la Iglesia amenazaba con excomulgar a los secuestradores[29]. Sin embargo, fue a partir de la década de los noventa, con la creación de la Fundación País Libre[30], cuando el tema antisecuestro pasó de ser una esporádica

---

[21] Salvedad necesaria para diferenciarla de otros delitos como la detención ilegal o la desaparición forzada.

[22] Según estadísticas de la Fundación País Libre, el 60% de los secuestros tienen móviles económicos, el 13% políticos y el 27% es cometido con otras finalidades.

[23] Inicialmente los grupos guerrilleros calificaban el secuestro como un "método impropio de revolucionarios porque viola los Derechos Humanos y contradice el ideal humanitario del socialismo", según lo manifestaron las FARC en un comunicado emitido en 1983. Cfr. Restrepo, Javier Darío (1988), pág. 3 B. No obstante, el compulsivo recurso al secuestro por parte de la guerrilla fue un factor que legitimó en el auge del paramilitarismo, como lo ilustra la reflexión autocrítica de un antiguo guerrillero de las FARC: *"Nos echamos muchos enemigos con la vara de la vacuna, el secuestro y el robo de ganado. Entendimos que mucha gente se había convertido en enemiga nuestra, no tanto por razones políticas como por el sentimiento contra este tipo de actuaciones. Concluimos que había mucho enemigo nuestro que potencialmente no lo era, nos lo habíamos enemistado con los malos manejos. Todo era una acumulación de resentimientos que podían ser capitalizados por gente como Fidel Castaño* (reconocido mecenas del paramilitarismo en Colombia). *Yo creo que hubo errores estratégicos y tácticos, se produjeron demandas exageradas. Se confundía al pequeño y mediano propietario con el gran latifundista. A un hombre con cincuenta vaquitas o una finca media se lo catalogaba de rico... Se puede decir que la política financiera fue favorable económicamente pero que políticamente repercutió mal"*. García García, Alejandro (1996), págs. 109-110 (paréntesis y cursivas fuera del texto).

[24] Cfr. Instituto Popular de Capacitación (1997), pág. 134

[25] De acuerdo a las estadísticas del Programa Presidencial para la Defensa de la Libertad Personal, del total de secuestros reportados a esa entidad en 1996 se establece que, en su orden, son atribuidos a delincuencia común (263), subversión (204), narcotráfico (1), por establecer (7).

[26] En 1997 se ha incrementado el número de dirigentes políticos locales de pequeñas poblaciones que han sido secuestrados por la guerrilla, en el marco de un plan para obstaculizar la campaña electoral y la realización de elecciones. Cfr. Sarmiento, Gilda (1997)

[27] En los años cincuenta el promedio de secuestros (reportados) oscilo entre 30-40, en los sesenta fue de 150, pasando a 300 en los años setenta, a 500 en la década del ochenta, hasta alcanzar la cifra de 1.300 en 1990. Cfr. Giraldo, Marcela (1991).

[28] Giraldo, Marcela (1991).

[29] Un editorialista escribía en ese entonces: "la propuesta de excomunión es un llamado a los demás miembros de la sociedad para que adquieran plena conciencia de la gravedad de la falta y para que renazcan los principios morales fundamentales" Cfr. *El Mundo*, Medellín, 10 de febrero de 1985, pág. 2.

[30] Surgida a raíz del secuestro de Francisco Santos Calderón, columnista del periódico *El Tiempo* e hijo de su propietario. Días después de su liberación, este proponía: "crear una gigantesca fundación privada, sin ánimo de lucro, contra el secuestro", con varios objetivos, entre ellos "hacer una campaña de publicidad masiva, y a largo plazo , mediante la cual se despierte la conciencia del colombiano común, convirtiéndolo en agente activo contra el secuestro. Esta campaña también haría al secuestrador peor y el más bajo elemento de la sociedad, para quitarle el 'prestigio' que hoy tiene entre el hampa. Finalmente, la campaña desvirtuaría cualquier justificación política —y eso va dirigido a las guerrillas— para realizar un secuestro", de este modo se lograría "hacer de cada secuestrado un 'mártir' de la libertad colombiana" Otra de sus iniciativas era la de "crear un gran fondo nacional para pagar millones en información absolutamente privada que permita capturar y condenar a los secuestradores". Como veremos, estas iniciativas prefiguran la actual política criminal contra este delito en Colombia. Cfr. Santos Calderón, Francisco (1991).

proclama para convertirse en una verdadera ofensiva discursiva.

Sería esta entidad la encargada de elaborar el proyecto de Ley Antisecuestro y presentarlo en agosto de 1992 al Congreso para su aprobación; iniciativa que contó con el respaldo de más de un millón de firmas y el beneplácito de gran parte de las fuerzas políticas representadas en el Parlamento, así como del gobierno quien se comprometió con *"la creación de un clima de opinión nacional contra el secuestro"*[31]. Pese a que el proyecto contemplaba una endurecimiento de la respuesta penal sin precedentes en la historia jurídica de nuestro país, esto parecía no satisfacer la avidez punitiva de algunos; entre ellos un conocido columnista que escribía:

> "Por eso, casi todas las personas que han sido víctimas de esta infamia piensan —y las entiendo— que lo ideal sería que no hubiesen secuestradores presos, sino muertos. Por su carácter sistemáticamente reincidente; por el tremendo poder de venganza y chantaje que mantienen (en la hipótesis de que sean capturados) aún desde las cárceles donde, dicho sea de paso, se planifican secuestros a granel. No son sólo quienes han padecido este calvario los que así piensan. Según encuestas, un 60% de colombianos apoya la pena de muerte para el secuestro. Pero aquí estamos nuevamente ante el discutible poder disuasorio de la ley ante un fenómeno como es la boyante industria del secuestro en Colombia... En el fondo, lo que la gente quisiera es poder leer más titulares como el que produjo esta semana una operación del UNASE[32] en Bucaramanga: 'Dados de baja cinco delincuentes en rescate de secuestrada'. Así es la cosa"[33].

Durante la presente década la cruzada contra el secuestro pasaría a encabezar la lista de prioridades político-criminales —compartiendo su lugar con la lucha antidrogas. Para dotar de efectividad lo dispuesto en la Ley Antisecuestro (ley 40 de 1993) se creó en 1995 el *Programa Presidencial para la lucha contra el Delito de Secuestro*, mediante normas expedidas al amparo de la conmoción interior (decretos 1465 y 1653 de 1995). Este mismo programa pronto fue vertido a la legislación ordinaria (ley 282 de 1996) y en vista de su excluyente denominación —en un país habituado a los eufemismos— adoptaría el nombre de *Programa Presidencial para la Defensa de la Libertad Personal*, en cabeza de un *Zar Antisecuestro* encargado de concebir y ejecutar las medidas de política criminal tomadas para combatir "el secuestro y demás atentados contra la libertad personal". Con tal fin fue constituido un mecanismo financiero adicional para garantizar la efectividad del programa —*Fondo para la Defensa de la Libertad Personal— (FONDELIBERTAD)*[34], se reforzaron los cuerpos armados de policía judicial, hoy denominados *Grupos de Acción Unificada por la Libertad Personal (GAULA)* y se destinó un espacio televisivo para transmitir mensajes de esperanza a los plagiados, vivencias relatadas por quienes han pasado por esa experiencia, registrar operativos policiales exitosos y otros avances en la lucha antisecuestro.

Por otra parte, resulta significativo que la dirección de este *Programa Presidencial* ha sido encargada a personas cercanas a ex secuestrados[35], muestra de la tendencia a dejar en manos de las víctimas las decisiones político-criminales en materia de secuestro, acentuando su orientación netamente vindicativa.

Sin desconocer la entidad real y las proporciones que asume esta práctica delictiva, es innegable que su dimensión se ha visto acrecentada por el perfil de sus víctimas —generalmente pertenecientes a los estratos socioeconómicos privilegiados— así como por la activa intervención de los medios de comunicación para caldear la opinión pública y crear así ese *clima de opinión nacional en contra del secuestro*. De otro modo no se entendería por qué la escandalosa cifra de homicidios cometidos en Colombia sea apenas testimonio de una realidad violenta que se asume inexorable, frente a la cual poco hay por hacer, salvo acostumbrarse a convivir con ella[36]; igual dejaría sin respuesta a un analista de la situación colombiana, quien se preguntaba *"¿Por qué se estremece más el país con el secuestro de Andrés Pastrana que con la matanza de Currulao?"*[37]

2.3. **Demandas represivas y reacción punitiva**

Las demandas represivas surgidas al calor de esta campaña de sensibilización colectiva se reflejan en la reacción punitiva contra el secuestro; veamos:

---

[31] Cfr. "Gobierno respalda ley antisecuestro". *El Tiempo*. Santafé de Bogotá, 12 de septiembre de 1992. (cursivas fuera del texto).

[32] Sigla que traduce: Unidad Antiextorsión y Secuestro, cuerpos especiales de la policía creadas para combatir estos delitos.

[33] Santos Calderón, Enrique (1992).

[34] Cuyo objeto es financiar el pago de recompensas monetarias, los gastos de funcionamiento del programa, la dotación de los cuerpos policiales encargados de combatir el secuestro y tomar un seguro colectivo que garantice el pago de salarios y prestaciones sociales a la persona que en el momento de ser víctima de un secuestro tenga vigente una relación laboral. Cfr Programa Presidencial para la Defensa de la Libertad Personal (1997), pág. 9.

[35] El primer *Zar Antisecuestro*, Alberto Villamizar, tuvo a su esposa y a su hermana secuestradas durante varios meses por Los Extraditables, experiencia relatada por Gabriel García Marquez en una obra publicada recientemente A su vez, Rubén Darío Ramírez, nombrado en relevo del anterior, tuvo a una de sus hijas secuestrada el año pasado por la guerrilla Cfr García Márquez, Gabriel (1996).

[36] Como punto de comparación téngase en cuenta que mientras el número de homicidios dolosos cometidos entre 1986 y 1995 fue de 238.114, dando a nuestro país la triste celebridad de presentar una de las más altas tasas de homicidios en el mundo (77,1), fueron 11.413 los secuestros registrados entre 1950 y 1996. Cfr. Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos (1996), Restrepo, Javier Darío (1988); SIISEC-País Libre (1997).

[37] Se refiere al secuestro de un ex candidato presidencial y a la masacre de 20 trabajadores bananeros en la zona de Uraba, ambos hechos ocurridos a comienzos de 1988. Cfr. Gallón Giraldo, Gustavo (1988)

2.3.1. *Lo formal: un derecho penal máximo*

Si bien el tratamiento jurídico penal del secuestro participa de la lógica propia de la *emergencia* y en tal sentido no difiere cualitativamente de la configuración actual de nuestro sistema penal[38], puede decirse que la respuesta legislativa contra este delito ha servido en Colombia como punta de lanza para horadar todos los límites que antaño disciplinaban el ejercicio punitivo en sede sustantiva, procesal y de ejecución.

En lo sustantivo, cada vez son más los delitos y mayores las penas. Tendencia que se advierte con la criminalización de todo tipo de conductas remotamente vinculadas a este ilícito[39]. De otro lado, la pena privativa de libertad se ha incrementado hasta permitir que esta llegue a ser, en muchos casos, una cadena perpetua material. Así, la prevista para el secuestro extorsivo actualmente oscila entre 25 y 40 años de prisión, que puede elevarse hasta 60 años cuando concurren circunstancias de agravación. Cuando tal conducta no tenga fines lucrativos, publicitarios o políticos —secuestro simple— la sanción será prisión entre 6 y 25 años. Teniendo en cuenta que en Colombia la esperanza de vida promedio es de 68 años y la mayoridad comienza a los 18 años, las penas contempladas para el secuestro extorsivo devienen irredimibles. No obstante nuestra Corte Constitucional, para declarar exequible este desmesurado aumento punitivo, se empeña en negar lo evidente, pues en su opinión: *"lo perpetuo es lo intemporal, esto es, lo que no tiene límites ni medidas en el tiempo, lo infinito, de tal suerte que tiene un comienzo pero no un fin. La norma en comento tiene un límite temporal preciso y determinado; por lo tanto, no puede decirse que ella es perpetua"*[40].

En el ámbito procesal, se radica en la jurisdicción de emergencia —en Colombia denominada "justicia regional"— la competencia para investigar y juzgar este delito, lo que equivale, entre otros, a reserva de identidad de funcionarios judiciales y testigos, prohibición de libertad provisional, prolongación de términos procesales o, en el otro extremo, procedimientos sumarísimos en caso de flagrancia[41]. A su vez en sede de ejecución, los condenados por secuestro, extorsión y delitos conexos en todos los casos son formalmente clasificados como internos de "alta seguridad" y, como tal, no existen para ellos subrogados penales ni beneficios administrativos y sus oportunidades laborales se reducen al mínimo porque durante todo el tiempo de privación de libertad deben permanecer en período cerrado.

Dicha respuesta legislativa se acompaña de un correlativo endurecimiento en sede judicial, con desafortunadas interpretaciones que sepultan cualquier asomo garantista aún presente en la ley y demuestran que también nuestra judicatura, contrariando su razón de ser, ha hecho suya la cruzada antisecuestro[42].

Así las cosas, puede afirmarse que la reacción punitiva formal para este delito en Colombia ha tenido un efecto allende lo simbólico, en tanto la legislación antisecuestro no se dicta sólo con el fin de satisfacer discursivamente una "necesidad de actuar", sino que además persigue vocación de eficacia real, presentándose como un "instrumento práctico dirigido a la acción"[43]. Por ello, pese a los altos índices de impunidad atribuidos a nuestro sistema judicial, las sentencias que imponen sanciones de 40, 55, 60 años de prisión hoy son pan cotidiano, proyectando sus efectos reales no sólo para quienes padecen esta suerte de secuestro institucional definitivo, sino modificando los niveles de tolerancia al castigo presentes en la judicatura y en la opinión del común, quienes denuncian la lenidad con que se sancionan otros delitos y, por ende, consienten todo aumento de penas como una exigencia de elemental justicia.

Pero los esfuerzos desplegados en sede *formal* no han satisfecho la avidez punitiva de quienes claman por la libertad de los secuestrados y a la vez piden el sempiterno encierro y la muerte para sus captores. Por eso la persecución de este delito desborda la represión institucionalizada, que convive con la reacción punitiva *informal*; esta última favorecida con la indiferencia y el silencio presente tanto en esferas de decisión estatal como en la opinión pública en nuestro país.

2.3.2. *Lo informal: tras las penas perdidas*

Reacción que se inscribe de modo general en el fenómeno del *paramilitarismo*, pero cuya especificidad en relación a la lucha antisecuestro no ha sido suficientemente deslindada, por las dificultades que supone pretender elucidar las aguas turbias que corren en el ámbito de la punición no formalizada.

En todo caso puede indicarse que entre los antecedentes de la represión informal contra el secuestro se cuenta la creación de grupos como Muerte a Secuestradores —MAS— cuya aparición, en 1981, ha sido explicada como una reacción de sectores del narcotráfico contra el secuestro de sus familiares[44]. Otras fuentes sugieren que el fenómeno MAS

[38] Pérez Toro, William Fredy y otros (1997).

[39] Tales como concierto para secuestrar, enriquecimiento ilícito derivado del secuestro, favorecimiento, receptación, omisión de informes, de denuncia, celebracion de contratos que aseguren el pago de secuestros, intermediación en el rescate de un secuestrado, suministro de información tendiente a facilitar la comisión de un secuestro, entre otras.

[40] Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-565 del 7 de diciembre de 1993. M.P.: Hernando Herrera Vergara. Valga anotar que nuestra Constitución se pronuncia en contra de la cadena perpetua en su artículo 32, con la prohibición absoluta de imponer penas o medidas de seguridad imprescriptibles.

[41] En este evento la instrucción debe perfeccionarse, a más tardar, en cinco días luego de resolver situación jurídica al procesado. En la etapa del juicio los términos procesales se reducen a la mitad (Ley 282 de 1996, art. 14).

[42] Valga recordar que el derecho penal —como intento de someter el castigo a la razón— nace "cuando la relacion bilateral parte ofendida/ofensor es substituida por una relacion trilateral, que ve en tercera posición o como imparcial a una autoridad judicial. Es por esto que cada vez que un juez aparece animado por sentimientos de venganza, o parciales, o de defensa social, o bien el Estado deja espacio a la justicia sumaria de los particulares, quiere decir que el derecho penal regresa a un estado salvaje, anterior al nacimiento de la civilización" Ferrajoli, Luigi (1986), pág. 38.

[43] Cfr. García Villegas, Mauricio (1993), pág. 88 y Hassemer, Winfried (1991), pág. 20.

[44] Como represalia, este grupo asesino a casi 100 personas acusadas de pertenecer al M-19, grupo insurgente que se adju-

fue algo más que un incidente de venganza privada: una investigación adelantada en 1983 por la Procuraduría General de la Nación permitió establecer que 59 miembros activos de las fuerzas armadas habían participado en incidentes atribuidos a este grupo, y en un informe presentado al Congreso en 1986 el procurador se refirió a éste como "un movimiento auténticamente paramilitar" y definió que los militares lo utilizaban para hacer oficiosamente lo que oficialmente no se puede hacer"[45].

También se han advertido fenómenos sistemáticos de desaparición de personas al parecer relacionadas con la comisión de delitos como secuestro y extorsión. Así, a comienzos de 1996 fue publicado un informe periodístico donde se alertaba la presencia de características comunes en 22 casos de desaparición forzosa ocurridos en Medellín entre noviembre de 1995 y marzo de 1996, cuyas características permiten presumir que se trata del "secuestro de secuestradores"[46]. Esta denuncia se apoya en informaciones suministradas por la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría Regional de Antioquia, así como por la Personería Municipal de Medellín, instancias oficiales donde se sospecha la existencia de una banda dedicada a esta forma de "limpieza social", cuyo modo de actuar es el mismo en todos los casos:

> "Suelen ser 20 ó 30 hombres, que aparecen en horas de la noche. Llegan al domicilio de la víctima en vehículos de alto cilindraje. Se identifican como miembros de la Fiscalía y efectúan un allanamiento con malos tratos. Después se llevan a una o dos personas y nunca más se supo"[47]. "Sus integrantes —prosigue el informe— portan brazaletes y ropas idénticas a las que usan la Policía o los Cuerpos Técnicos de Investigación de la Fiscalía. Reproducen milimétricamente la forma de intervención de los organismos armados. Sus víctimas son varones, jóvenes y con antecedentes a los que tienen perfectamente identificados. Por esta razón, el Personero Municipal de Medellín, Rafael Rincón, no duda en afirmar que 'se alimentan de información oficial'. Se trata, según esta autoridad, de 'desapariciones como respuesta al secuestro'"[48]

Fuentes provenientes de la Oficina de Investigaciones Especiales de Procuraduría, dependencia donde comenzó a advertirse esta situación, tienen su propia explicación del fenómeno. Uno de sus funcionarios —que prefiere reservar su identidad— explica sin ambages como en Colombia los atentados contra la libertad personal tienen diverso rango y merecen diversa importancia: en primer lugar, está el secuestro tipificado en la legislación ordinaria y cuya represión es objeto de una verdadera cruzada institucional y parainstitucional. En segundo lugar se tiene la desaparición forzada ligada a móviles políticos, elemento de la "guerra sucia" practicada frecuentemente por los estados latinoamericanos en el marco de la Doctrina de la Seguridad Nacional; esta forma de desaparición, no prevista en nuestra ley penal como delito, es no obstante objeto de denuncia reiterada por parte de organismos nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos, e incluso para prevenirla y sancionarla existen instrumentos de derecho internacional que la convierten —en palabras del funcionario entrevistado— en una "desaparición de buena familia". En tercer lugar, la práctica de la desaparición forzada se emplea también como una forma de reacción informal contra el delito o de "limpieza social" de grupos sociales marginados o potencialmente conflictivos; esta modalidad no goza del *status* político de aquella, ni siquiera alcanza reconocimiento formal por cuanto es difícil elaborar un registro estadístico sobre dicha práctica, ya que sus víctimas no aparecen y sus familiares temen informar que el desaparecido ha pasado antes por las redes del sistema penal o pertenece a grupos delincuenciales. Por esta causa, cuando se logra detectar su ocurrencia, a partir de cruzar información y profundizar la averiguación de algunos casos denunciados, pronto se encuentra que es difícil y peligroso continuar las pesquisas, por lo cual la existencia real de esta forma de punición informal contra el secuestro no admite ser demostrada con respaldos estadísticos sino a lo sumo, cuidadosamente barruntada y, en esos límites, denunciada[49].

---

dicó el secuestro. Cfr. "Grupos de exterminio que han durado 30 años. 'Manos Negras' no cesan". *El Tiempo*, Santafé de Bogotá, 8 de mayo de 1994. Pág. 24 A.

[45] Cfr "Revelados nombres de vinculados al MAS. Lista parcial de procesados entre civiles y militares". *El Espectador*, Bogotá, 20 de febrero de 1983. Pág. 10 A; Instituto Popular de Capacitación (1997), pág. 126. Más de diez años después de las denuncias de Procuraduría, varias agencias europeas de cooperación internacional presentaron un informe donde daban cuenta de la pervivencia del MAS: "Desde el 2 de diciembre de 1981... numerosos grupos paramilitares se han autodenominado con el nombre de MAS o de Masetos. Numerosos asesinatos políticos y desapariciones perpetradas por hombres de civil en diferentes lugares del país, han sido atribuidos al MAS Sin embargo, en muchas ocasiones, el MAS tan sólo es una sigla entre tantas que usan los servicios de seguridad del Estado" NCOS (1995), págs. 38, 93.

[46] Cfr. Gómez, Francisco J. (1996) Las recientes denuncias de *El Colombiano* coinciden con las publicadas algunos años antes en otro periódico local: "Los conocedores de las múltiples violencias que se entrecruzan en Medellín afirman también que aquí se desaparece a personas implicadas con investigaciones sobre delitos, sobre todo terrorismo y secuestros, a quienes quieren cobrarles 'cuentas' de sus negocios clandestinos, o en acciones de limpieza social. Esas desapariciones de la ciudad, saben los expertos en el tema, aunque no han podido conseguir pruebas para demostrarlo, pueden tener origen en las mismas fuerzas de seguridad del Estado, que muchas veces actúan con traje de civil.. Muchas otras veces tienen su autoría en grupos de justicia privada organizado por sectores sociales específicos con el fin de sacar a la delincuencia de la ciudad". Cfr. "¡Que desaparezcan las desapariciones!". *El Mundo*. Medellín, 12 de enero de 1992, pág. 7.

[47] Gómez, Francisco J. (1996), pág. 18A.

[48] Ibid, pág 18A.

[49] En efecto, no es posible hacer un rastreo de esta modalidad de desaparición por cuanto las estadísticas disponibles tanto en los organismos oficiales como no gubernamentales, no registran información suficiente sobre las características de las personas desaparecidas que permitan establecer cuando ella obedece a fenómenos de reacción punitiva informal y no a la que se ejerce contra opositores políticos. Solo se conoce una sanción, proferida por la Procuraduría, donde se solicita la destitución de los capitanes Miguel Rodrigo Torrado Badillo y Luis Angel Perdomo Perdomo, al hallarlos responsables de la desaparicion de cuatro personas, presuntos secuestradores de los hijos del narcotraficante José Jader Alvarez. En la investigación se estableció que "en septiembre de 1982, durante el operativo destinado a dar con el paradero de los niños Alvarez, los oficiales —entonces tenientes— allanaron ilegalmente las residencias de los hoy desapareci-

Este fenómeno no admite una explicación unívoca, sin embargo el funcionario de la Procuraduría entrevistado afirma que la desaparición de personas presuntamente vinculadas a grupos de secuestradores o que figuran en listas de inteligencia de los organismos de seguridad del estado por tener sindicaciones o condenas por este delito, es una modalidad de investigación que se viene afianzando como forma de evadir los límites en la persecución punitiva que deben respetar los cuerpos de policía judicial. Se desaparece a personas de las que presumiblemente puede extraerse información para dar con el paradero de personas secuestradas u obtener pruebas para hacer valer en procesos penales en curso. Tiempo después aparecen los cadáveres con signos de tortura y, en algunos casos, ni siquiera se logra obtener esta última noticia sobre la suerte de quienes son desaparecidos.

Al amparo de esa "eficacia sin principios" arraigada en nuestros cuerpos de policía judicial se alimenta dicha práctica, promovida por sectores generalmente vinculados al narcotráfico y a otros poderes privados y en cuya ejecución participan miembros de organismos de seguridad del estado los cuales —precisa el funcionario entrevistado— pertenecen a los cuerpos creados por la ley para combatir el secuestro[50]. Otras hipótesis sugieren que la participación de agentes estatales va más allá de casos aislados de corrupción, al inscribirse en lo que en el lenguaje castrense se designa como "operaciones encubiertas", para referirse a las actividades clandestinas que realizan algunos grupos de las secciones de inteligencia de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, solapadas bajo la sigla de un grupo paramilitar, muchas veces inventada para el efecto, cuando en realidad se trata de actos ejecutados acorde a un plan de misión y a una orden superior dada[51]. Este *modus operandi* ha sido tradicionalmente empleado para encubrir las operaciones de "eutanasia social" dirigidas contra todo aquél considerado como *enemigo interno*[52]

Pero además de un método de investigación "eficaz", la desaparición forzada como reacción frente al secuestro pretende efectos preventivo generales y especiales, en ambos casos de signo negativo: de un lado, con ella se busca reforzar por la vía del terror los mecanismos de intimidación legal, del otro, garantizar a toda costa la inocuización de las personas signadas de cometer este delito[53]. Este fenómeno se alienta merced al silencio que lo cubre, explicable por el temor a denunciarlo, la dificultad de investigarlo y, sobre todo, por la tácita justificación que le otorga una sociedad acostumbrada al maniqueísmo de separar a los "buenos" de los "malos" y a despreocuparse por la suerte de estos, más allá de la caridad que practica o de la avidez con que devora las crónicas judiciales.

3. ¿PARADOJAS PUNITIVAS?

Bajo el prisma de los discursos de justificación del derecho penal, y en particular desde el doble fin propuesto por el garantismo, resulta paradójico el contraste entre los máximos medios penales puestos al servicio de la lucha antisecuestro y la ausencia de reacción institucional contra los *injustos castigos* que se ciernen sobre las personas acusadas de este tipo de ilícitos, quienes además de la respuesta punitiva formal son víctimas de una pena de muerte extrajudicial y su antesala, la desaparición forzada; práctica jurídicamente irrelevante en nuestra ley penal, que tampoco tiene existencia "real", esto es, formalmente cuantificable, en los anales estadísticos de los organismos oficiales ni de las entidades que procuran la defensa de los derechos humanos y, menos aún, hace parte de las preocupaciones del ya mencionado Programa Presidencial para la Defensa de la Libertad Personal. No obstante, tal paradoja se desvanece al despojar al derecho penal de sus ropajes legitimantes y verlo en su nudo ser, como ese instrumento de control social que opera como un "mecanismo selectivo y como un derecho desigual por excelencia"[54].

Al señalar este contraste no se trata de caer en la "huida al derecho penal", en el absurdo de buscar soluciones por la vía de extender la intervención penal para reprimir los *injustos castigos*, y en tal sentido abogar por la tipificación de la desaparición forzada sancionándola con la misma pena prevista para el secuestro. Por el contrario, compartimos la opinión de quienes afirman que la criminalización de este tipo de prácticas es tan sólo una medida estratégica de cara a evitar la condena por parte de las instancias internacionales. Así, mientras por una parte, los Estados buscan adecuar su legislación interna a la normativa internacional, por la otra, in-

---

dos y después de que la ciudadanía los viera llevárselos violentamente no se han tenido noticias sobre su paradero". Cfr. Gómez, Ignacio (1987).

[50] Al respecto se afirma. "'Sospechamos que se puede estar fraguando la reaparicion de un fenómeno parecido a los conocidos como MAS (Muerte a Secuestradores), los grupos financiados por el narcotráfico que aparecieron en los ochenta'. Es el diagnóstico de un abogado de Investigaciones Especiales de la Procuraduría que coincide con el Personero Municipal. Este último matiza que 'la financiación puede llegar todavía del narco o de ciertas empresas'. Venga de donde venga el dinero, las sospechas de los investigadores apuntan a que los miembros de estos grupos son reclutados en las propias instituciones armadas del Estado. Puede tratarse de funcionanos fácilmente corrompibles o de algunos dispuestos a ajusticiar al margen del sistema. Como en el viejo oeste norteamericano, la Ley del Talión está vigente en Medellín. Lo está desde hace demasiado tiempo". Gómez, Francisco J. (1996)

[51] Cfr. NCOS (1995), pág. 92

[52] Concepto no reductible al ámbito de la disidencia política: "como células cancerígenas, a las que hay que extirpar, fueron asimilados todos aquellos individuos marginados de la sociedad. Indigentes, mendigos, prostitutas, desempleados, niños de las calles y pequeños delincuentes se convirtieron en el blanco de lo que se bautizó con el patético nombre de 'eutanasia social' o 'limpieza social'". NCOS (1995), pág. 18.

[53] Practicas empleadas para combatir, ademas del secuestro, otras formas de criminalidad, tales como la extorsión y el hurto de vehículos, que afectan primordialmente a los estratos medios y altos de nuestra sociedad. Nombres como MAJACA (Muerte a Jaladores de Carros), PEPES (Perseguidos por Pablo Escobar), Justiciero, Muerte a Jibaros, entre otros, ilustran la existencia de grupos que participan de una misma logica: "surgen y actúan persuadidos de que sus victimas potenciales son individuos que no pueden hacer parte de la sociedad, pues no es posible su rehabilitación y así justifican los crimenes que cometen por el supuesto altruismo que les anima" Cfr "Grupos de Exterminio que han durado 30 años. 'Manos Negras' no cesan" *El Tiempo* Santafé de Bogotá, 8 de mayo de 1994, pág 24 A.

[54] Sotomayor Acosta, Juan Oberto (1996), pág 15.

genian mecanismos para llevar a cabo crímenes de Estado en forma encubierta, impidiendo que se descubra la participación de las fuerzas estatales o, en todo caso, asegurando que no habrá para ellos ningún castigo[55]. Frente dicha tendencia expansiva, creemos que aquella *segunda finalidad* del derecho penal —conjurar la violencia derivada de las punitiones informales—, más bien se logra por la vía del minimalismo, entendido no sólo como la tendencia a reducir el ámbito de la intervención penal, sino como el esfuerzo de la razón discursiva por moderar las demandas punitivas de la sociedad.

Tras examinar la drástica respuesta penal frente al secuestro a la luz de los fines que la justifican, esta queda huérfana de toda legitimidad, pues con ella no se logra —acaso ni se intenta— evitar los *injustos castigos*; tampoco podría reclamar el mérito de la eficacia preventivo general porque el empleo de máximos medios penales no ha prestado mayor utilidad para disminuir este delito[56].

EPILOGO

Al poner de presente un ejemplo de los extravíos de la razón punitiva cuando se olvida que también la protección de los infractores ha de ser un elevado interés social, se busca motivar la reflexión de quienes proponen el terror penal y del recorte de garantías como vías para reaccionar eficazmente contra el delito[57].

Hurgando en el terreno de lo posible, se trata de pensar en un derecho penal mínimo —valga el pleonasmo— como instrumento para reducir las demandas punitivas de los "no desviados", así como los excesos del *ius puniendi* estatal[58].

Naturalmente tal herramienta será tan precaria como hoy lo es el arsenal de medidas penales al uso si se mantiene como *única ratio* para enfrentar la expresión delincuencial del conflicto social, si no supone, correlativamente, apartarse de la opción por la *política penal* en favor de soluciones más radicales, y por ello más reales, formuladas en términos de *política social*.

Acaso sea disonante, pero en una situación como la que se vive en Colombia tal pretensión no resulta fuera de lugar; simplemente no le hace concesiones inmerecidas a un sentido común impregnado de autoritarismo ya que, si como hemos visto, entre nosotros el instrumento penal ha demostrado no servir de mucho —en lo que a sus fines declarados se refiere—, mientras estemos lejos de renunciar a la idea punitiva, podemos emplear el derecho penal como referente para racionalizar la práctica del castigo. Para ello es preciso invertir la afirmación de Ferrajoli[59], pues acaso entre más violencia tolere el derecho penal, mecanismo de violencia institucionalizado por excelencia, más se reducirán los niveles de sensibilidad colectiva frente a las punitiones arbitrarias.

Creemos, con Nils Christie, que "las ideas y las teorías generales no son símbolos irreales que yacen en las mentes o en los libros; le abren camino a la acción"[60]. Desde tal comprensión, coresponde entonces a la ciencia jurídica "tomarse en serio" esta *segunda finalidad* del derecho penal y proyectarla en el imaginario social, a fin de conjurar los extravíos de la razón punitiva en tiempos donde soplan vientos autoritarios que tienden a alejarla de los límites impuestos por el modelo de Estado Constitucional de Derecho, teniendo presente que:

> "La Constitución, y en general el Derecho, no es otra cosa que un conjunto de significados. Rigen, funcionan, mientras su sentido es socialmente compartido. De otro modo, desaparecen, junto a los valores que garantizan, sin necesidad de golpes de Estado o cambios institucionales. Si es verdad que la actual crisis de los vínculos constitucionales proviene sobre todo de su pérdida de presencia en el sentido común, cualquier proyecto de alternativa democrática pasa a través de una refundación del sentido del pacto constitucional como garantía de la igualdad y de los derechos vitales de la persona, en la conciencia de que los derechos fundamentales son siempre otras tantas *leyes del más débil*, contra la ley del más fuerte que toma la delantera cuando se debilita el sentido de aquéllos, y en la conciencia también de que la única posibilidad de éxito en la defensa del pacto constitucional depende de que cada uno la perciba como defensa de sus propios derechos y de su identidad de ciudadano"[61].

BIBLIOGRAFIA

American Watch (1994): *Estado de Guerra Violencia política y contrainsurgencia en Colombia*. Santafé de Bogotá, Tercer Mundo - Universidad de los Andes-Universidad Nacional.

Amnistía Internacional (1994): *Violencia política en Colombia Mito y realidad*. Madrid, EDAI. 92 págs.

Behar, Olga (1985). *Las Guerras de la Paz*. Bogotá, Planeta

Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos (1996): *Colombia. Estadísticas sobre violencia 1995*. Santafé de Bogotá. 9 págs.

Córdoba Triviño, Jaime (1996): *Tercer Informe Anual del Defensor del Pueblo al Congreso de Colombia*. Defensoría del Pueblo, Santafé de Bogotá, 2 tomos.

Cristie, Nils (1993): *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?* 2ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto. 200 págs.

Del Olmo, Rosa (1984): "La Detención-desaparición en América Latina: ¿crimen o castigo?". En: *Criminología Crítica I Seminario*. Medellín, Universidad de Medellín. Págs. 37-62

[55] Rodríguez Barillas, Alejandro (1996), pág. 132.

[56] Según estadísticas de la Fundación País Libre, en 1992 (año anterior a la expedición de la Ley Antisecuestro) se registraron 1.320 secuestros. A partir de entonces las estadísticas no presentan mayores variaciones: en 1993 se reportan 1.014, en 1994 hubo 1.378, en 1995 se informa de 1.068 y en 1996 de 1.439 secuestros. Cfr. SIISEC-País Libre (1997)

[57] No estamos hablando de aberraciones punitivas propias de sociedades periféricas, pues tampoco los países europeos han sido ajenos al fenómeno de las punitiones paraestatales, como ha ocurrido en España en el caso de los "Grupos Antiterroristas de Liberación" (GAL).

[58] Pretensión cercana a la de Zaffaroni, quien rescata el derecho penal como instrumento para acotar, mas no legitimar, el poder punitivo, a la manera de un "derecho internacional humanitario del tiempo de la política" Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl (1995).

[59] Cfr. supra nota 8.

[60] Cristie, Nils (1993), pág. 41.

[61] Ferrajoli, Luigi (1996), pág. 29.

Ferrajoli, Luigi (1986): "El Derecho Penal Mínimo". *Poder y Control.* Nº 0. Barcelona, PPU. Págs. 25 -48.
Ferrajoli, Luigi. (1995) *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal.* 1ª. ed. Madrid, Trotta. 991 págs.
Ferrajoli, Luigi (1996): "El Estado Constitucional de Derecho Hoy". En: *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción.* (ed. Perfecto Andrés Ibáñez). Madrid, Trotta, 1996 Págs. 15-29.
Foucault, Michel (1990): *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión.* 18ª. ed. México, Siglo XXI. 314 págs.
Gallón Giraldo, Gustavo (1988): "Un trimestre de derrumbes". *Cien Días (vistos por Cinep).* Nº 1, Bogotá.
Gallón Giraldo, Gustavo (1991). "Violaciones a los derechos humanos realizadas por agentes estatales: un tipo especial de impunidad". En: *Justicia, Derechos Humanos e Impunidad.* 2ª. ed., Santafé de Bogotá, Consejería Presidencial para la Defensa, Protección y Promoción de los Derechos Humanos-Presidencia de la República-Fundación NAUMANN-Fundación FICA, Fundación FES. Pags 49-56.
García García, Alejandro (1996): *Hijos de la violencia. Campesinos de Colombia sobreviven a "golpes" de paz.* Madrid, Los Libros de la Catarata, 1996. 319 págs.
García Márquez, Gabriel (1996): *Noticia de un secuestro.* Santafé de Bogotá, Grupo Editorial Norma. 336 pags.
García Villegas, Mauricio (1993): *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas.* Santafé de Bogotá, Ediciones Uniandes. 308 págs.
Giraldo, Marcela (1991): "Secuestro: inspirador de violencia". *El Espectador,* Santafé de Bogotá, 26 de mayo. Pág. 5 A.
Gómez, Francisco J. (1996): "Medellín desaparece. Informe sobre desaparición forzada y secuelas en familiares". *El Colombiano.* Medellín, 9 de junio. Págs. 18A y 19A.
Gómez, Ignacio (1987): "El doble drama de los desaparecidos". *El Espectador.* Bogotá, 3 de diciembre Pág 12 A.
Hassemer, Winfried (1991): "Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos". *Nuevo_Foro Penal.* Nº 51. Santafé de Bogotá, Temis, págs. 17-30.
Instituto Popular de Capacitación (1997): *¿Hacia donde va Colombia? Una mirada desde Antioquia. (Violencia, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en Antioquia durante 1996. Diagnóstico y recomendaciones).* Equipo de Investigación: Violencia y Derecho Humanitario en Antioquia, Pablo Emilio Angarita Cañas (coordinador). Medellín, Instituto Popular de Capacitación-Area de Derechos Humanos 223 págs.
Mújica Escobar, Héctor (1997): "'Paras' cosechan siembra de armas. Según el director del Cinep, las Convivir consolidan la radicalización del problema agrario". *El Tiempo.* Santafé de Bogotá, 31 de agosto, pág. 6A.
NCOS (1995): *Tras los pasos perdidos de la guerra sucia (paramilitarismo y operaciones encubiertas en Colombia).* Bruselas, NCOS-SAGO-Terre Des Hommes, France-Commission of the Churches on International Affairs-International Confederation of Free Trade Unions-Commissie Rechtvaardigheid en Vrede. 151 págs.
Palacio, Germán y Fernando Rojas (1990): "Empresarios de la cocaína. Parainstitucionalidad y flexibilidad del régimen político colombiano: narcotráfico y contrainsurgencia en Colombia". En: *La irrupción del paraestado Ensayos sobre la crisis colombiana.* (Germán Palacio, comp.). Bogotá, ILSA-CEREC. Pág. 69-104.
Pérez Toro, William Fredy, Alba Lucía Vanegas Yepes y Carlos Mario Alvarez Martínez (1997): *Estado de Derecho y Sistema Penal (la emergencia permanente de la reaccion punitiva en Colombia).* Medellín, Biblioteca Jurídica Diké - Universidad de Antioquia - Instituto de Estudios Políticos. 339 pags.
Programa Presidencial para la Defensa de la Libertad Personal (1997): *Marco jurídico y jurisprudencial contra el secuestro* Santafé de Bogotá, Presidencia de la República, 126 págs
Restrepo, Javier Darío (1988): "Casi 4.000 secuestros en 30 años". *El Mundo.* Medellín, 26 de junio, pág. 3 B.
Rodríguez Barillas, Alejandro (1996): "Terrorismo de Estado y Estado de Derecho". En: *Conflicto social y sistema penal. Diez estudios sobre la actual reforma* (María del Rosario Diego Díaz-Santos, Laura Zúñiga Rodríguez y Eduardo A. Fabián Caparrós, coordinadores), Madrid, Colex. 231 pags.
Santos Calderón, Enrique (1992): "¿Ley contra el secuestro?". *El Tiempo.* Santafé de Bogota, 4 de octubre, pág 4 A.
Santos Calderón, Francisco (1991): "Carta a un secuestrado". *El Tiempo.* Santafé de Bogotá, 13 de agosto. Pág 5 A.
Sarmiento, Gilda (1997): "Democracia bajo el fuego. En casi todos los departamentos del país, la violencia amenaza el derecho a elegir y ser elegidos". *El Espectador.* Santafe de Bogotá, 13 de julio. pág. 5 A.
Sarmiento Anzola, Libardo (1996): *Utopía y Sociedad* Santafé de Bogotá, Fescol, 132 págs.
SIISEC-País Libre (1997): *Situación del Secuestro en Antioquia. Autores y Novedad de los Secuestrados 1997 (06/06/97).* Santafé de Bogotá.
Sotomayor Acosta, Juan Oberto (1995): "Colombia: Encrucijada de poderes estatales y paraestatales, paramilitares, milicias populares y reinstitucionalización autoritaria en Colombia" *Jueces para la Democracia.* Nº 24, noviembre de 1995. Págs. 89-99
Sotomayor Acosta, Juan Oberto (1996). *Inimputabilidad y Sistema Penal.* Santafé de Bogotá, Temis, 302 págs.
Uprimny Yepes, Rodrigo y Alfredo Vargas Castaño (1990) "La palabra y la sangre: violencia, legalidad y guerra sucia en Colombia". En: *La irrupción del paraestado. Ensayos sobre la crisis colombiana.* (Germán Palacio, comp). Bogotá, ILSA-CEREC. Pág. 105-165.
Vargas, Alejo (1990). "Guerrilla, régimen político y Estado: lecturas y re-lecturas". En: *La irrupción del paraestado. Ensayos sobre la crisis colombiana.* (Germán Palacio, comp.). Bogotá, ILSA-CEREC. Pág. 249-268.
Zaffaroni, Eugenio Raúl (1990): *En busca de las penas perdidas. Deslegitimacion y dogmática jurídico-penal.* 2ª. ed. Bogota, Temis, 255 págs.
Zaffaroni, Eugenio Raúl (1995): "Abolicionismo y Garantías". *Jueces para la Democracia.* Nº 25, noviembre, págs 23-25.

APUNTES*

• La lúcida generosidad de Jesús María Valle Jaramillo

Jesús María Valle Jaramillo era abogado penalista, presidente del Comité Permanente para la Defensa de los Derechos Humanos, sección de Antioquia, y profesor universitario. Sus compañeros de claustro y de empeño, los que le conocieron de cerca, han escrito de él que "su ejercicio profesional fue la expresión comprometida y consecuente de un proyecto de vida, de una opción por los humildes, por los desplazados, por los desaparecidos, por los torturados, por los perseguidos, en fin, por las víctimas de la injusticia social".

En fechas todavía recientes, había denunciado la complicidad del ejército en la ofensiva paramilitar. Ello dio lugar a que el entonces gobernador del departamento y el comandante de la brigada militar le declarasen públicamente "enemigo de las fuerzas armadas". Fue también denunciado por delito de calumnia al estamento castrense. A estas acciones respondió que sería la justicia penal la encargada de decir de qué lado estaba la mentira.

Días antes de que su vida fuera segada por una mano criminal en su despacho de abogado, había comparecido en la Fiscalía que instruía el caso y aportado pruebas de la veracidad de su denuncia pública. "Blanco y en botella", que se diría en lenguaje coloquial de este lado del Atlántico.

El asesinato de Jesús María Valle Jaramillo, quizá no haya dicho mucho en el extranjero, tratándose de Colombia: Solo un muerto, allí donde las víctimas *se producen* "al por mayor". Pero incluso para los que creemos que estas acciones abyectas, aun siendo masivas, son siempre singulares, y que en ellas sólo hay de genérico el hecho de que en cada asesinato se renuevan todos los asesinatos, el de Jesús María Valle Jaramillo suscita una reflexión particular. No por la riqueza de su perfil humano y profesional, pues sabemos que los asesinos tienen un olfato especial para seleccionar entre los mejores; sino porque en sus circunstancias y con su experiencia del medio protagonizó un acto de confianza en la administración de justicia que para muchos sería suicida. Y es seguro que también para él lo era en el momento de realizarlo. Pensar de otro modo, sería infravalorar su inteligencia y su capacidad de análisis de la realidad que quería transformar y de cuyos rasgos constitutivos tenía plena conciencia.

Esfuerzos-límite, opciones trágicas como la de Jesús María Valle Jaramillo —aunque no faltará quien insidiosamente lo sugiera (tampoco esto sería nuevo)— no son propias de insensatos ni de lunáticos. Hay que tener muy firmes los pies en la tierra, la mente muy clara y mucha generosidad en el alma, para oponer ideas y valores, la fuerza de la razón, a las armas de los carniceros.

Jesús María Valle Jaramillo sabía lo que hacía, conocía el riesgo y si optó por él fue a sabiendas de que gestos como el suyo, que en Colombia acarrean fácilmente la muerte, son, quizá, la única, dramática y paradójica forma de luchar por la vida, cuando el Estado no sólo no garantiza los derechos sino que abiertamente los compromete.

• El plan Serra-Berlusconi para la reforma de la justicia

A finales del pasado mes de enero, la prensa difundió una noticia inquietante. El ex ministro Serra abrigaba todo un plan de reforma de la justicia, inspirado en su experiencia como titular de la cartera de defensa. Es más, con impulso, es seguro, del mismo rico caudal de vivencias, se mostraba dispuesto a entrar en el campo de la administración de justicia *a paso de carga* y sin detenerse siquiera ante el *statu quo* constitucional.

Entre sus recetas, se cuenta el desplazamiento de la investigación al fiscal, pero sometido éste al control parlamentario. La reforma del Consejo General del Poder Judicial, pero para reforzar en él la presencia de los vocales de extracción política. La sumisión del poder judicial a la soberanía popular, tanto en la elección de sus miembros como en el control de su actuación. Y la sustitución del criterio de antigüedad por el de mérito discrecionalmente apreciados, que, a lo que parece, tan buenos resultados ha dado en las fuerzas armadas.

Ya puesto, afirmaba que los jueces tienen que trabajar más y sugería que hacen uso de la independencia como coartada para eludir el cumplimiento de sus deberes...

Aunque Serra tal vez no lo sepa, en su propuesta de trasladar al marco de la jurisdicción fórmulas de éxito acreditado en el de las armas, tiene un ilustre precursor: Napoleón Bonaparte, que, para decirlo con palabras del ministro Aunós en los años cuarenta, formó una paradigmática "milicia de la justicia". Tan marcial y tan funcional al diseño bonapartista de la política y del Estado, que el ideal del Estado constitucional de derecho en este punto pasa por desguazar el invento heredado del inolvidable corso. Ello, debido a que los jueces de ese modelo, una vez aprendido y tomado el gusto a lo de marcar el paso, seguían marcándolo más de un siglo después, como si la cosa no fuera con ellos, cuando las órdenes las daban otros uniformados con añoranzas imperiales y de "por el imperio hacia Dios".

Pero, si Serra tiene semejante precursor histórico,

* Sección a cargo de la Redacción.

también goza en su proyecto de buena y significativa compañía actual. Pues, sucede que sus ideas parecen salidas del magín de los mismísimos expertos en ingeniería política de Fininvest; ya que son básicamente idénticas a las que postula Silvio Berlusconi, con su conocido *desinterés.* O que postulaba, porque, a la vista del resultado de las últimas vicisitudes judiciales que le conciernen, podría haberse radicalizado un tanto.

Hay unas palabras de Eligio Resta que le vienen al reformador Serra como anillo al dedo: "Un sujeto político que quiere someter a la magistratura, es un sujeto que nunca ha tomado en serio la forma dentro de la cual se ha construido el Estado de derecho".

• Insumisión: Cuando la cárcel 'no vende'

El portavoz del Gobierno lo dijo en todos los informativos: Como en España, por imperativo constitucional, no caben los indultos generales, se había encargado a la ministra de Justicia una fórmula —imaginativa, se entiende— para conceder a los insumisos un *indulto general* de la pena de prisión. Como no es la imaginación lo que más brilla en el caserón de la calle de San Bernardo, no cabe esperar que los resultados sean de llamar la atención. Pero, aunque lo fueran, nunca podrían desplazar en la conciencia del jurista sensible y del ciudadano despierto, como verdaderamente desazonador y digno de reflexión, a ese fenómeno aberrante que es la cuestión de fondo. Es decir, el tratamiento penal —*criminal*— de la negativa a cumplir el servicio militar o sus vergonzantes sucedáneos.

Conocidos los horrores de la guerra, cuestionado con todo fundamento el papel de los ejércitos y en irreversible crisis el servicio militar obligatorio. De vuelta, en lo que se refiere al turbio papel de los Estados que se afanan en *pacificar* con una mano los mismos conflictos que alimentan con la otra, en el más indecente de los negocios indecentes: El de las armas. Pues bien, con todo, y, además, con lo que se sabe sobre las limitaciones del derecho penal y su probada capacidad de producir un efecto *boomerang* cuando se aplica sin razonable fundamento; mayoría parlamentaria hubo, y progresista, que —"erre que erre"— se empeñó en meter en la cárcel a quienes estaban cargados de la razón pacifista. Porque era "cuestión de Estado", dijeron. Ahora, en la oposición, se quiere desandar lo mal andado, lo que —¿paradójicamente?— defiende hoy la actual mayoría de derechas, que, mientras gana un dudoso *partido* por un tanto (162 votos frente a 161), tiene que encargar a Margarita Mariscal de Gante una fórmula *de diseño* para "sacudirse el muerto".

• Aborto

Otro asunto "que tal baila", el del aborto. Primero, se persistió en la criminalización. Si bien, sugiriendo a jueces y fiscales la inaplicación del Código Penal. Que, aunque no para la insumisión, en esto sí valía el "uso alternativo del derecho". Luego, se esperó a estar en la oposición para trabajar por la aplazada solución del acuciante problema. Y, ahora, cuando la suerte pone al alcance de la mano una oportunidad de lujo, faltan los votos de quienes tenían que estar pero no estaban.

Así, paradójicamente, se sigue abortando ocasiones de humanizar el drama del aborto.

• Cardenal y Fungairiño, Fungairiño y Cardenal...

Fungairiño no rectifica. Debe ser porque piensa que para hacerlo como Cardenal en las Cortes...

Uno y otro, otro y uno, con su posición en los procesos por los crímenes de las dictaduras argentina y chilena y con su interpretación del sentido de éstas, han despojado al ordenamiento de la dimensión universalista en la garantía de los derechos, es decir de lo mejor de sí mismo. No saben que el orden jurídico, sin eso que se ha puesto en él por el histórico esfuerzo de tantos, solo sería "el mamarracho anacrónico del derecho burgués, toda la parafernalia apolillada de un sistema de mierda". Como recuerda Eduardo Galeano que escribió García Márquez evocando "la rara y trágica grandeza" de Salvador Allende, que, con todo, murió defendiéndolo.

• Y, ahora, Menem

Que a Menem no le guste Baltasar Garzón no tendría nada de particular. Garzón, por las peculiaridades de su accidentada trayectoria personal y de su perfil profesional, ha desarrollado una notable capacidad para suscitar filias y fobias.

Pero lo curioso es que a Menem no le gusta el mejor Garzón, el menos discutible: El juez independiente, que instruye con independencia y, además, cuando los *indicios* de delito son de las escalofriantes dimensiones que se conoce.

La clave del desamor de Menem, exteriorizado con la misma vehemencia que connota a todos los desamores en el contexto personal del presidente argentino, es bastante obvia. Pero el que tenga interés en profundizar en lo específico de este caso concreto, cuenta con un guía de lujo en Horacio Verbitsky. El inapreciable autor del libro *Hacer la Corte,* con el expresivo subtítulo de *La construcción de un poder absoluto sin justicia ni control* (Editorial Planeta Argentina, Buenos Aires, 1993).

Hacer la Corte (repárese en la mayúscula) aquí no es "pelar la pava". La Corte que *hizo* Menem, tal y como Verbitsky lo cuenta, fue la Suprema de justicia. Una Corte que, según recuerda el propio Verbitsky, a raíz de su creación, mereció este expresivo comentario de la revista *No hay derecho*: "Es terrible porque no es indepediente, pero, si lo fuera, también sería terrible".

Así, pues, debe quedar claro, ahora le toca a Garzón; pero sólo porque en el diccionario personal

de Menem, cuando se trata de jueces, *vedette* es el antónimo de *marioneta*.

• Un régimen demasiado abierto

Sospechoso en todo caso, irritante para los jueces de vigilancia, recurrido por el fiscal, escandaloso para la mayoría, el tercer grado de Navarro y Oliveró, ha recibido, además, una fundamentación la mar de curiosa. La administración penitenciaria de Cataluña hace un "juicio" del juicio y emite una "sentencia" sobre la sentencia, para disponer un indulto encubierto. Indulto político a gusto de todos, se nutre de ese *fondo de solidaridad de clase política* que se activa tan sospechosamente en torno a los supuestos de corrupción y que parece funcionar bajo el lema del "hoy por ti, mañana por mí".

Con apoyo formalmente legal —¡faltaría!— la singular medida muestra la verdadera cara de una reforma del tratamiento penitenciario que, con toda probabilidad, nació con destinatarios tan previsibles como éstos.

Sorprende que a los expertos en "cuestiones de Estado" no les preocupe la perplejidad que actos así producen en quienes dictan sentencias y aplican penas —por no decir en los que las sufren en condiciones estándar— y, más aún, que no tengan nada que decir acerca de la evidente cuota de deslegitimación que arrojan sobre el sistema judicial y el penitenciario su conjunto. Sobre este Estado como Estado de derecho, en suma.

Mientras tanto, una cosa es bien cierta: la historia patria de los progresos estelares en materia de garantías, de las cautelas en el uso de la estigmatización penal, de la humanización de la cárcel, está jalonada de nombres propios. Muy propios.

• Un régimen demasiado opaco

El culebrón Pascual Estevill sigue acumulando capítulos. De momento el último es el de su singular traslado de cárcel, rodeado, como todo lo que concierne al personaje, de una inquietante sombra de sospecha.

La explicación oficial es, más que pueril, un insulto a la inteligencia: le cambian de sitio para que no se les escape.

Mucho más plausible es la sugerida por los sindicatos de funcionarios: la cosa va de trato de favor encubierto. Que es lo probable, porque todo indica que, dentro o fuera, aquí o allá, Pascual Estevill conserva intacta su probada eficacísima capacidad de persuasión.

• La (in)justicia cantada desde abajo

José Calvo González, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Málaga, es el editor de un libro que discurre por caminos que no parecen los usuales de la disciplina. Lo dice el título: *Colección Belmonte de cantes populares y flamencos* (Diputación de Huelva, Huelva, 1998). Pero, cabe afirmar que, en alguna medida, lo desmiente el contenido, rico en menciones alegóricas, generalmente amargas, a la administración de justicia, al delito, a la cárcel, la cara más expresiva de cualquier ordenamiento jurídico.

Algunas de las coplas son tan curiosas como ésta:

> Tú quieres que prevarique
> Y me lleven amarrado,
> Para que diga la gente:
> —Allá val el prevaricado.

Pero es la cárcel ("sepultura de hombres vivos") la que acapara —*¿por qué será?*— el mayor número de entradas de las del género en el cuidado índice temático.

Entre otras vertientes de la *cuestión penitenciaria*, se encuentra reflejada la vivencia de la injusticia en la atribución de las penas:

> Tengo una cadena
> Que me traspasa
> De una parte a otra,
> Sin tener causa;
> Que en esta cárcel,
> Uno paga el delito
> Y otro lo hace

Y también una curiosa metáfora de la *carrera criminal*:

> Veinticinco calabozos
> Tiene la Cárcel Real;
> Veinte y cuatro tengo andados,
> Uno me queda que andar.

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN A:

Jueces para la Democracia. Información y debate.

Nombre y apellidos: _____

Dirección: _____

Población: _____ C.P. _____

Provincia: _____ País _____

Suscripción por un año (3 números) a partir del número _____

Importe: España: 2.500 ptas. Extranjero. 3.000 ptas.

Forma de pago: Reembolso. Domiciliación bancaria. Talón nominativo a nombre de EDISA

Domiciliación bancaria

.....de.....de 1998

Muy señores míos: les ruego que con cargo a mi cuenta n.º.....atiendan hasta nuevo aviso del pago de los recibos que en concepto de importe de la suscripción anual de *Jueces para la democracia. Información y Debate* les presentará EDISA al cobro a nombre de.....

Firma

Banco/ C. de Ahorros. .....

Dirección.....

Remitir a *EDISA*, apartado 549 F.D. 28080 MADRID