

JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACION Y DEBATE

A. Camilleri, El juez en la literatura. **G. Gómez Orfanel**, Ciudadanos, educación, Estado y obediencia al derecho. **A. M. Binder**, Tensiones político-criminales en el proceso penal. **C. F. Ferrajoli**, Representación y responsabilidad política. **R. Bustos Gisbert**, Responsabilidad política y responsabilidad penal. **M. A. Rodríguez Arias**, Las fosas de Franco y la diligencia debida del Estado. **M. Taruffo**, Una alternativa a las alternativas. **J. M. Fernández Seijo**, Contingencias derivadas de la toma del control de empresas. **W. Antillón**, Costa Rica: el TLC. **F. Velásquez V.**, ¿Delito político o común?

60

noviembre/2007

En este número:

Antillón, Walter, jurista costarricense.

Binder, Alberto M., Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Profesor de posgrado de la Universidad de Buenos Aires.

Bustos Gisbert, Rafael, profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad de Salamanca.

Camilleri, Andrea, escritor.

Fernández Seijo, José María, magistrado, Juzgado de lo Mercantil nº 3. Barcelona.

Ferrajoli, Carlo F., doctor en derecho, Universidad de Roma, La Sapienza.

Gómez Orfanel, Germán, profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad Complutense. Madrid.

Rodríguez Arias, Miguel Ángel, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real.

Universidad de Castilla-La Mancha.

Taruffo, Michele, catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Pavia. Italia.

Velásquez V., Fernando, Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda. Bogotá (Colombia).

Jueces para la Democracia. Información y Debate

publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*

Consejo de Redacción: Perfecto ANDRES IBAÑEZ (director), Jesús FERNANDEZ ENTRALGO, Javier HERNANDEZ GARCIA, Alberto JORGE BARREIRO, Ascensión MARTIN SANCHEZ, Ramón SAEZ VAL-CARCEL. Secretario de redacción: José Rivas Esteban.

Correspondencia: *Jueces para la Democracia*, calle Núñez de Morgado, 3, 4º B. 28036 MADRID.

E-mail: info@juecesdemocracia.es <http://www.juecesdemocracia.es>

Suscripciones MAXIPACK S.L. Av. del Sistema Solar nº 3 A. Parque Tecnológico.

28830 San Fernando de Henares. Madrid.

Tel 91 677 53 60

Fax 91 674 93 00

Email: suscripciones@maxipack.es

Precio de este número: 10 € (IVA INCLUIDO)

Suscripción anual (nacional): 24 € (3 números).

Europa: 30 €

Resto: 36 €

Depósito legal: M. 15.960 - 1987. ISSN 1133-0627. Impresión Amoretti, S.L.

INDICE

	Pág.
Debate	
— <i>El juez en la literatura</i> , Andrea Camilleri	3
— <i>Ciudadanos, educación, Estado y obediencia al derecho</i> , Germán Gómez Orfanel . .	8
— <i>Tensiones político-criminales en el proceso penal</i> , Alberto M. Binder	21
Estudios	
— <i>Representación y responsabilidad política</i> , Carlo F. Ferrajoli	37
— <i>Responsabilidad política y responsabilidad penal: dos conceptos radicalmente distintos</i> , Rafael Bustos Gisbert	56
— <i>Las fosas de Franco y la diligencia debida del Estado ante el crimen de desaparición forzada a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i> , Miguel Angel Rodríguez Arias	70
Teoría/práctica de la jurisdicción	
— <i>Una alternativa a las alternativas: Patrones para la solución de conflictos</i> , Michele Taruffo	91
— <i>Una aproximación judicial a la reclamación de contingencias derivadas de la toma de control de empresas (la compraventa de empresas)</i> , José María Fernández Seijo . .	102
Internacional	
— <i>Costa Rica: El TLC y la mutilación del Estado</i> , Walter Antillón	125
— <i>¿Delito político o común? A propósito de la providencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 11 de julio de 2007</i> , Fernando Velásquez V.	134
Apuntes	
— <i>El señor ministro, 'por alegrías'</i>	145
— <i>El proceso de lucha</i>	146
— <i>El hierro en el anca</i>	147
— <i>Elisa Clinton</i>	147
— <i>Penurias de la jurisdicción penal</i>	148
— <i>Un momento anticonstituyente</i>	151
Extractos/abstracts	

**Hables como hables, seas
como seas, lo más importante
es que alguien te escuche**

En "la Caixa", más de 25.000 personas te escuchan, te entienden y trabajan cerca de ti para darte la mejor solución.

¿Hablamos?

 **"la Caixa"**



DEBATE

El juez en la literatura*

Andrea CAMILLERI

1. Por una serie de circunstancias que no voy a contarles, comencé a leer novelas cuando era sólo un niño de siete años, novelas no de niños sino de mayores, como se suele decir, y he continuado leyéndolas hasta hoy que tengo 81 bien cumplidos.

Así, ¿cuántas habrán sido las figuras de juez con las que me he topado en las páginas de los libros leídos? Seguramente cientos. Algunas han desaparecido totalmente de mi memoria, señal de que, al menos para mí, carecían de relevancia. Otras, sin embargo, las conservo.

Permanecen por razones contradictorias. Porque me resultaron simpáticas, o porque me resultaron antipáticas, porque quedé totalmente fascinado por el ingenioso mecanismo de su forma de razonar, porque me impactó su perversión, o porque admiré en ellas el deseo de conocer en profundidad las razones de aquél contra el que emitieron el juicio.

Pero, de cualquier manera, son siempre demasiadas para poder abordarlas detenidamente. Deben perdonarme si en este excursus procedo a través de párrafos.

Pero antes me parece necesario y respetuoso en relación con ustedes explicar lo que pienso de las leyes, de la justicia y de los jueces. Para hacerlo, usaré las palabras de Montaigne: 1) las leyes mantienen su crédito no porque son justas, sino porque son leyes. Y este es el fundamento místico de su autoridad. No tienen otro; 2) las propias leyes de la justicia no pueden subsistir sin algún ingrediente de injusticia; 3) el juez que acaba apenas de condenar a uno cualquiera por adulterio, escribe, sobre un pedacito del folio que contenía la sentencia, una misiva de amor para la mujer de un colega; 4) siempre me ha disgustado ver a los jueces empujar al criminal a confesar su acción, valiéndose del engaño y dándole falsas esperanzas de favor o perdón y servirse en estos casos del fraude y la impudicia. Es una justicia pérfida, no menos herida por sí misma que por los demás; 5) se puede desear otros jueces, pero, no obstante, es necesario obedecer a éstos. Y quizá haya más mérito en obedecer a los malos que a los buenos.

Terminada la premisa comienzo con mi galería de retratos.

2. Los primeros jueces que me intrigarón fueron seguramente los señores Monti y Visconti, dos jueces que, como se ha escrito, “era como decir hombres en quienes todo Milán veneraba la integridad, la honestidad, el ingenio, el amor por el bien público, el espíritu de sacrificio y el gran valor civil”.

* Es el texto de la intervención en el seminario “La magistratura en el cine, en la literatura y en los medios de comunicación” organizado en Roma, del 19 al 21 de marzo de 2007, por el Consiglio Superiore della Magistratura. Publicado en *Questione giustizia*, 3/2007.

Traducción e indicaciones bibliográficas de Carmen Casado Navarro

Se excluye la referencia a las obras que cabe considerar clásicas, de las que existen numerosas y conocidas ediciones.

Por tanto, dos jueces ideales. Pero estos honestos hombres son los mismos dos jueces de los que Alejandro Manzoni, en su *Storia della colonna infame*¹, cuenta que mandaron a la muerte considerados culpables de ser los difusores de la peste, a inocentes obligados, con atroces torturas, a acusarse entre sí, hasta el punto de que uno de ellos, destrozado por la tortura, dijo a los investigadores:

“Decidme qué queréis que diga”. Y los jueces le dijeron, lo que querían oír de él.

La colonna infame la leí cuando era un joven de veinte años y recuerdo cómo me impactaron las terribles palabras de aquel desventurado y confusamente, muy confusamente, me pregunté qué justicia era aquella que reclamaba al presunto reo la confesión. Lo comprendí años después, tras la caída del fascismo. Aquellos jueces, Monti y Visconti, eran dos jueces honestísimos nombrados por el senado milanés para encontrar a los responsables de la propagación de una peste que por encima de todo se quería presentar como importada en esta ciudad por enemigos extranjeros. Como tantas que vendrían luego, en particular, con las dictaduras fascista, nazi, bolchevique.

Hombres íntegros, cierto, incorruptibles, animados por un tan sincero como errado amor a la patria, capaces, sin embargo, de llegar a pronunciar la terrible frase “es necesario impedir a este cerebro que funcione”, como uno de ellos dijo a propósito de Antonio Gramsci.

3. Surge todavía una lectura juvenil del encuentro con el juez Profiri Petrovic, uno de los personajes de *Crimen y castigo* de Dostoievski. Esta obra maestra, una de las cimas de la literatura de todos los tiempos, seguramente la habrán leído. El juez sospecha que Raskolnikov es el asesino del usurero y de la hermana, pero intuye también la agitación interior del joven, la aniquilación que está sufriendo por el hirviente remordimiento insostenible. En lugar de continuar con el interrogatorio le deja en libertad, sabiendo bien que Raskolnikov será juzgado por un juez bastante más implacable que él, cual es la propia conciencia del asesino. Me intrigó entonces mucho el modo de proceder de Porfiri Petrovic y no conseguí entender sus razones, sus motivaciones. Fue cuando leí una frase reveladora de André Gide y todo se me mostró con claridad. Escribe Gide: “Si indago sobre la función de la inteligencia en la literatura de Dostoievski, me doy cuenta de que es siempre una función demoníaca”. Eso es, la inteligencia del juez es luciferina, ha comprendido ya que Raskolnikov se está condenando al infierno del alma y le da, como vulgarmente se dice, cuerda para ahorcarse.

4. Antes de pasar a figuras de jueces esbozados por otros autores más próximos a nosotros, me gusta recordar entre ellas una que pertenece a la dramaturgia clásica. Se trata de *Fuenteovejuna*, de 1612, de Lope de Vega. El pueblo de Fuenteovejuna, está sometido a un tirano que, entre otros abusos de poder, pretende ejercer el *ius primae noctis*. Y mata al que no obedece. Un día, algunos vecinos se rebelan y matan al tirano. Ya en presencia del juez, los trescientos habitantes se declaran todos igualmente culpables. El juez no tiene más que dos opciones: decretar la muerte de todo el pueblo o liberarlos a todos. Elige esta segunda solución, rechazando condenar tanto a los inocentes como a los culpables.

5. Después sucede que una mañana un empleado de banca de unos treinta años, Joseph K., es arrestado por dos personas extrañas. Así es como conoce que se ha inscrito un proceso contra él. No sabe en absoluto de qué es acusado, pero se siente bastante tranquilo porque le consta no ser culpable de nada.

¹ *Historia de la columna infame*, con una nota de L. Sciascia, en trad. de E. Di Fiori, Bruguera, Barcelona, 1984. También en trad. de E. Gallego, Alianza Editorial, Madrid, 1987.

Pero poco a poco se enreda en la absurda y misteriosa andadura, o mejor, en el engranaje de aquél proceso. Habrán reconocido todos ya con estas pocas líneas que estoy hablando de *El Proceso* de Kafka. Pero ésta es otra historia, como diría Carlo Lucarelli. Porque cierto que el tema versa sobre una culpa y una condena (a muerte, en este caso), pero no se trata ni de una culpa material, ni de una condena real, sino de una altísima metáfora de la condición humana.

6. ¿Cómo no recordar la figura del juez protagonista de la novela *Los dioses tienen sed*² de Anatole France? Al comienzo de su obra el juez, que no es toga-do pero al que las circunstancias le han atribuido poder de vida o de muerte, es comprensivo e indulgente, mas poco a poco se convence de tener una misión suprema de justicia salvadora, multiplica las condenas capitales persuadido de que en su juzgar vienen a coincidir ética, justicia, interés del Estado, amor a la humanidad. Y cuando, como ocurre en cada revolución, el propio juez se convierte en reo, se complacerá de su condena a muerte, emanada en nombre la de misma justicia que él mismo buscaba.

7. Debo hablar ahora no de un juez personaje, sino de un juez autor de un libro sobre los jueces y la justicia. Me refiero a *Diario di un giudice* de Dante Troisi, aparecido en 1955. Troisi había anticipado fragmentos de esta obra en *Mondo*, de Pannunzio, pero cuando el libro se publicó levantó muchas ampollas y recibió numerosas críticas. Querría recordar que el director Luigi Squarzina, dos años después de la aparición de la obra hizo con ella una adaptación teatral, pero la censura no le concedió el visto para la representación.

¿Qué había tan escandaloso en aquel libro? Era un conjunto de fragmentos casi periodísticos que describían episodios corrientes, justicia cotidiana, con una escritura neta, quirúrgica, realista pero no exenta de un humano estremecimiento.

Sólamente que emergía el retrato del juez-autor como —son palabras del propio Troisi— el “de un hombre agobiado por la soledad a la que le constreñía el ejercicio mismo de la profesión, atormentado por la diaria contemplación de las desventuras de los hombres, en lucha con el peso de la rutina que le consume hasta hacerle creer que decidir sobre la vida de los demás se ha convertido para él en un acto de administración ordinaria”. Es en definitiva —son siempre palabras del autor— “el drama moral de un hombre que se angustia por ganarse el pan juzgando a sus semejantes”. Pero son muchos los libros de Troisi que tienen como tema la justicia. De ellos citaré sólo uno, *L'inquisitore dell'interno 16*, que en 1985 ganó el Premio Campiello.

8. Y hemos llegado a Leonardo Sciascia. En este autor el tema de la justicia es tan constante que la “Asociación de Amigos de Leonardo Sciascia” le ha dedicado en el año 2005 una mesa redonda, que titularon, además, “Justicia como obsesión”. Difícil es, por este motivo, elegir entre todas sus obras. Me detendré en *Porte aperte*³, donde esboza magistralmente la figura de un juez, y además me referiré a *Una storia semplice* también para seguir el juego de reenvíos que los dos libros proponen.

9. *Porte aperte* va precedido de un fragmento que reza así: “En realidad, no es el legislador quien mata sino el juez; la decisión judicial y no el acto legislativo. Con ello el proceso adquiere total autonomía respecto de la ley y el precepto, una autonomía en

² Trad. castellana de J. Maynalas, *Los dioses tienen sed*, Altaya, Barcelona, 1995.

³ Trad. castellana de R. Pochtar, *Puertas abiertas*, Tusquets, Barcelona, 2005.

y por la cual éste desaparece como acto arbitrario de imperio, se diluye, y al imponerse tanto al destinatario como al que lo había formulado, el precepto encuentra, al margen de cualquier contenido revolucionario, su momento eterno.”

Son palabras de Salvatore Satta extraídas de *Il Mistero del processo*, un célebre ensayo publicado en 1994 por el insigne jurista y escritor.

Son muchas las afinidades entre los dos libros y aquí me limito a reenviar a la mesa redonda que he citado.

10. ¿Qué es la justicia para Sciascia? Veámoslo con sus palabras.

“La administración de justicia ha sido siempre terrorífica, en cualquier situación. Especialmente cuando fes, creencias, supersticiones, razón de Estado o razón sectaria la dominan o se insinúan en ella.”

Además: “Todo está ligado, para mí, al problema de la justicia: en el que está implicado el de la libertad, la dignidad humana, el respeto entre hombre y hombre.”

Y además: “Juzgar es un trabajo terriblemente difícil. Si tengo un consejo que dar, diría: “obsesionaos con el precepto, no juzguéis.”

No juzgar, el mismo precepto utilizado como título por André Gide tras la experiencia del jurado popular.

Pero, ¿se puede no juzgar?

11. Volvamos a *Porte aperte*. La historia está ambientada en 1937, cuando el fascismo restableció la pena de muerte. Uno cualquiera ha cometido delitos horrendos, repugnantes, sin atenuantes. Para él no hay otra opción que la pena de muerte. El fiscal que no tiene ninguna duda al respecto, no tiene problemas de conciencia: pedirá la pena de muerte para aquel hombre porque así se lo impone la observancia de la ley penal. Pero el “pequeño” juez protagonista del relato no consigue tener la misma serenidad que el fiscal, el código no le sirve de cómoda coartada. Comienza a atormentarse con una serie de preguntas que culminan en esta: “La pena de muerte es ley, hay delincuentes que la merecen, ¿pero es verdaderamente asunto mío decidir si la merecen y aplicársela?” Y el “pequeño” juez llegará a la conclusión de que la pena de muerte es “un llamamiento al asesinato que se realiza con reconocimiento y gratificación por parte del Estado”.

12. En cambio *Una storia semplice*, remite con su título no a un jurista, como en el caso de Satta, sino a otro autor. El epígrafe dice: “Una vez más quiero escudriñar escrupulosamente las posibilidades que quizá todavía quedan a la justicia”. La frase es del escritor suizo Friedrich Durrenmatt, extraída del libro titulado, precisamente, *Justicia*⁴, de 1985. Pero con Durrenmatt llegamos, a través de obras como *El juez y su verdugo*⁵, a la conclusión de la imposibilidad lógica racional de penetrar en el misterio del comportamiento humano. Por ello no se trata de indagar las posibilidades que restan a la justicia, sino, mucho más honestamente, de tomar nota de que no existen más posibilidades para la justicia. Pero es una posición extremista y, en mi opinión, puramente académica aunque a veces fascinante.

13. Sé que no es elegante autocitarse. He dedicado a la figura del juez un cuento muy breve. Se titula *La revisione* y es la historia de un Presidente de Tribunal de Casación que durante toda su vida ha desempeñado su deber con extrema escrupulosidad. Jubilado, compra una gran chalet donde vive solo y lo llena con las copias de todos los los procesos que ha tramitado. Sobre ello quiere hacer una revisión particular de ellos, para estar seguro de no haber cometido un error al condenar a un imputado. Un error

⁴ Trad. castellana de J. J. Solar, *Justicia*, Tusquets, Barcelona, 1987.

⁵ Trad. castellana de J. J. Solar y I. Menéndez Sallés, *El juez y su verdugo*, Planeta, Barcelona, 1987.

debido a sí mismo, al juez. “¿He conseguido evitar que mis personales malos humores, mi temperamento, las cuestiones domésticas, mis dolores, los escasos momentos felices manchasen la página blanca en la iba a escribir una sentencia?” Esto es lo que se pregunta. Y cualquiera que sea la conclusión de mi relato, quiere ser un homenaje a quien ha asumido el peso y la responsabilidad de ser juez.

novedad estrotta

FRANCISCO J. LAPORTA

El imperio de la ley. Una visión actual

JOSÉ R. MONTERO, RICHARD GUNTHER, JUAN J. LINZ (eds.)

Partidos políticos: viejos conceptos y nuevos retos

MIGUEL CARBONELL (ed.)

Teoría del neconstitucionalismo

LUCIANO VANDELLI

Trasformas de las instituciones políticas

ERHARD DENNINGER y DIETER GRIMM

Derecho constitucional para la sociedad multicultural

DANILO ZOLO

La justicia de los vencedores
De Nuremberg a Bagdad

JOSÉ RUBIO CARRACEDO

Teoría crítica de la ciudadanía democrática

JOSÉ ANTONIO PÉREZ TAPIAS

Del bienestar a la justicia. Aportaciones para una ciudadanía intercultural

ENRIQUE DUSSEL

Política de la liberación. Historia mundial y crítica

PEDRO GONZÁLEZ-TREVUANO

Entre gibelinos y gibelinos. Crónica de un tiempo convulsionado

ESTUDIOS NIETZSCHE

Revista de la Sociedad de Estudios sobre Friedrich Nietzsche. N.º 7 Nietzsche y Wagner

FRIEDRICH NIETZSCHE

Correspondencia Vol. 2

MARÍA ZAMBRANO

Algunos lugares de la poesía

LUIS PRIETO SANCHÍS

Apuntes de teoría del derecho (2ª ed.)

GUSTAVO ZAGREBELSKY

El derecho ético (7ª ed.)

LUIGI FERRAJOLI

Los fundamentos de los derechos fundamentales (3ª ed.)

MAURIZIO FIORAVANTI

Los derechos fundamentales (5ª ed.)

MAURIZIO FIORAVANTI

Constitución. De la antigüedad a nuestros días (2ª ed.)

EDITORIAL TROTTA

Tel. 34 91 543 03 61
Ferna 55, 28008 Madrid
editorial@trotta.es - www.trotta.es

Ciudadanos, educación, Estado y obediencia al derecho

Germán GOMEZ ORFANEL

I. INTRODUCCION

La implantación en nuestro sistema educativo de una asignatura de Educación para la Ciudadanía, que recibe diferentes denominaciones en los niveles de enseñanza primaria, secundaria y bachillerato, y sobre todo el inicio de su aplicación en diversas Comunidades Autónomas, ha intensificado la movilización para su rechazo, que la Iglesia Católica española (Conferencia Episcopal y amplios sectores de católicos), junto con el Partido Popular y grupos afines, vienen manteniendo, desde hace tiempo, suponiendo un notable pulso político y jurídico al Gobierno y a las Cortes Generales que aprobaron la Ley Orgánica de Educación (LOE), 2/2006 de 3 de mayo¹, desarrollada a estos efectos por los Reales Decretos de Enseñanzas Mínimas de la EpC, el 1513/2006 de 7 de diciembre, para la Primaria y el 1631/2006 de 29 de diciembre, para la ESO.

Tales decretos han sido avalados tanto respecto a su conveniencia como a su legalidad por el Consejo de Estado².

En el marco del Consejo de Europa, desde 1997 se ha desarrollado un proyecto sobre *Educación para la Ciudadanía Democrática* que concierne, “al conjunto de prácticas y actividades diseñadas para ayudar a todas las personas, niños, jóvenes y adultos, a participar activamente en la vida democrática, aceptando y practicando sus derechos y responsabilidades en la sociedad”.

Proponiéndose como objetivos prioritarios:

— Elevar la conciencia de cómo la educación pueda contribuir a desarrollar la ciudadanía democrática y la participación, promover la cohesión social y el entendimiento intercultural, el respeto de la diversidad y de los derechos humanos.

— Fortalecer la capacidad de los Estados miembros para hacer de la Educación para la Ciudadanía Democrática un objetivo prioritario de la política educativa, con formas pertinentes en todos los niveles del sistema³.

¹ En dicho texto se recoge lo siguiente:

“En uno de los cursos del tercer ciclo de la etapa [educación primaria], a las áreas incluidas en el apartado anterior se añadirá la de educación para la ciudadanía y los derechos humanos, en la que se prestará especial atención a la igualdad entre hombres y mujeres”. (art. 18.3).

“En uno de los tres primeros cursos [de secundaria] todos los alumnos cursarán la materia de educación para la ciudadanía y los derechos humanos en el que se prestará especial atención a la igualdad entre hombres y mujeres”. (art. 24.3).

“Todos los alumnos deberán cursar en el cuarto curso [de secundaria] las materias siguientes: Educación ético cívica.” (art. 25.1).

“Las materias comunes del bachillerato serán las siguientes: Filosofía y ciudadanía” (art. 34.6).

² 1. “El Real Decreto sometido a consulta debe tener en cuenta que no puede formar parte de los aspectos básicos del sistema educativo la difusión de valores que no estén consagrados en la propia Constitución o sean presupuesto o corolario indispensables del orden constitucional. Desde esta perspectiva el examen de los objetivos, contenidos y criterios de evaluación del Real Decreto sometido a consulta arroja un resultado favorable en términos generales”.

2. “También debe tenerse presente a la hora de determinar los contenidos básicos de esta área de Educación para la Ciudadanía, la Recomendación (2002)12 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 16 de octubre de 2002 en la que se recomienda a los Estados miembros hacer de la ciudadanía democrática un objetivo prioritario de su política educativa y se establecen los objetivos y contenidos de esta área. El proyecto sometido a consulta se ajusta a esta recomendación y sería deseable que se citara expresamente en sus anexos”.

³ Véase: J. López Martínez, “La enseñanza de la religión y la Educación para la Ciudadanía: Análisis de la normativa en la España constitucional, en, A. López Castillo (ed.): *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública*. CEPC, Madrid, 2007, págs. 157-189.

Por otra parte, el Consejo de Europa declaró el año 2005 como el “Año Europeo de la Ciudadanía a través de la Educación”, mientras que la Unión Europea ha calificado el desarrollo de la ciudadanía europea como una de sus principales prioridades de acción, y ha patrocinado el estudio de la organización de la educación para la ciudadanía en los 30 países europeos que integran Eurydice, Red europea de información en educación.

En dicho texto se alude con naturalidad a algo que para los grupos españoles hostiles a la implantación de la EpC, resultaría escandaloso:

“Por el bien de la cohesión social en Europa y de una entidad europea común, los alumnos en los centros docentes, deben recibir información específica sobre el significado de la ciudadanía, los tipos de derechos y deberes que ésta conlleva, y sobre qué hacer para portarse como un “buen ciudadano”⁴.

Podemos plantearnos, la siguiente pregunta.

II. ¿ESTA LEGITIMADO EL ESTADO, Y EN CONCRETO EL ESTADO ESPAÑOL PARA IMPLANTAR CON CARACTER OBLIGATORIO, ENSEÑANZAS DE EDUCACION PARA LA CIUDADANIA?

Según la Conferencia Episcopal Española, la actuación del Gobierno de Zapatero pretende formar la conciencia moral cívica de todos los alumnos en todos los centros, y “el Estado no puede imponer legítimamente ninguna formación de la conciencia moral de los alumnos al margen de la libre elección de sus padres. Cuando éstos eligen libremente la Religión y Moral católica, el Estado debe reconocer que la necesaria formación moral de la conciencia de los alumnos queda asegurada por quienes tienen el deber y el derecho de proveer a ella”.

Por si esto no bastare, añade que las “enseñanzas antropológicas orientadas a la formación de la conciencia moral, no son competencia del Estado”⁵.

El 20 de junio de 2007, la Comisión Permanente de la CEE, emitiría una nueva declaración sobre la LOE, en la que además de pronunciarse sobre el estatuto laboral de los profesores de Religión católica, afirmaba que:

“El Estado no puede suplantar a la Sociedad como educador de la conciencia moral, sino que su obligación es promover y garantizar el ejercicio del derecho a la educación a aquellos sujetos a quienes les corresponde tal función, en el marco de un ordenamiento democrático”, insistiendo más adelante en que con la introducción de la Educación para la Ciudadanía, el Estado se arroga un papel de educador moral que no es propio de un Estado democrático de Derecho.

En una línea muy semejante se había manifestado días antes, Antonio María Rouco Varela, Cardenal-Arzbispo de Madrid, en una conferencia pronunciada en una institución estatal, cuya denominación incluye curiosamente una referencia a las *ciencias morales*⁶.

De modo muy llamativo el Cardenal-Arzbispo tras criticar especialmente la implantación obligatoria en la escuela de “esa teoría o ideología del género”, llegaba a afirmar que, “cuando el Estado se propone y quiere actuar como educador de la sociedad y de la nación y no digamos como educador del hombre, se coloca en la peligrosa pendiente jurídica-política de caer en la tentación de un totalitarismo radical, más o menos

⁴ La educación para la ciudadanía en el contexto escolar europeo, Bruselas, 2005, pág. 8. (www.eurydice.org)

⁵ La Ley Orgánica de Educación (LOE), los Reales Decretos que la desarrollan y los derechos fundamentales de padres y escuelas. Declaración de la Comisión Permanente de la CEE, de 28 de febrero de 2007.

⁶ A. M^ª. Rouco Varela: “La Educación para la Ciudadanía”. Reflexiones para la valoración jurídica y ética de una nueva asignatura en el sistema escolar español. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 29 de mayo de 2007.

encubierto” (pág. 21). Añadiendo algo que para mí es especialmente revelador, al considerar que la imposición de la EpC, como asignatura obligatoria puede suponer una competencia didáctica y doctrinal desleal con la de religión y moral católica, optativa y sin alternativas dignas de tal nombre⁷.

Lo anterior no parece dispuesto a soportar el Cardenal- Arzobispo, buen conocedor por otra parte de los mecanismos de colaboración entre Estado e Iglesia en una etapa de la Historia de España⁸, después de siglos en los que la Iglesia, salvo en breves períodos, se ha ocupado con carácter obligatorio de la educación religiosa y moral en la escuela española, quedando en la actualidad como posibilidad optativa, resulta que el Estado no confesional español pretende introducir su Educación para la Ciudadanía como materia obligatoria.

La Iglesia católica es un agencia adoctrinadora, y ella misma no tiene por qué tener reparos en reconocerlo, lo que ella critica es que el Estado pretenda asumir tal papel, que desde luego, estoy de acuerdo en que no le corresponde.

Si el siglo XIX se caracteriza por la implantación en España por parte de un Estado liberal débil y poco desarrollado, de un sistema de enseñanza estatal, que se concreta en textos como el Plan Pidal de 1845, y sobre todo en la Ley Moyano de 1857⁹, en lo tocante a la educación cívica, aunque sea elemental y embrionaria, se halla determinada por la Iglesia, así el artículo 366 de la Constitución de 1812 establece que “en todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en las que se enseñará a los niños a leer, escribir y contar, y el catecismo de la religión católica, *que comprenderá también una exposición de las obligaciones civiles*”¹⁰.

Aunque cabría considerar, si hiciésemos una traslación a nuestros días, que el célebre precepto de la Constitución de Cádiz de 1812, de que “ser justos y benéficos”, era una de las principales obligaciones de los españoles, junto con el amor de la Patria (artículo 6), supondría una extralimitación del Estado, en cuanto afectase a la conciencia moral de todos los españoles.

Por otro lado recordemos la hegemonía y control de la Iglesia Católica sobre los contenidos de la enseñanza en general, lo que quedó plasmado en el Concordato de 1851:

“En su consecuencia la instrucción en las Universidades, Colegios, Seminarios y escuelas públicas o privadas de cualquier clase, será en todo conforme a la doctrina de la misma religión católica; y a este fin no se pondrá impedimento alguno a los obispos y demás prelados diocesanos encargados por su ministerio de velar sobre la pureza de la doctrina de la fe y costumbres (art. 2).

En esta perspectiva habría que situar también la célebre circular de 26 de febrero de 1875, y vigente hasta marzo de 1881, dirigida a los Rectores de Universidad, del Marqués de Orovio, Ministro de Fomento, y cuyo rechazo daría lugar a la segunda *cuestión universitaria* y a la fundación poco tiempo después de la Institución Libre de Enseñanza por los catedráticos que habían sido expulsados de la Universidad.

En dicha Circular, se puede leer lo que sigue:

“La libertad de enseñanza de que hoy disfruta el país, y que el Gobierno respeta, abre a la ciencia ancho campo para desenvolverse ampliamente sin obstáculos ni trabas que embaracen su acción, y a todos los ciudadanos los medios de educar a sus hijos según sus deseos y hasta su capricho; pero cuando la mayoría y casi la totalidad de

⁷ Nota 17, en la página 22.

⁸ A. M^º. Rouco Varela: *Estado e Iglesia en la España del siglo XVI*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2001 (Se trata de su Tesis doctoral, leída en la Universidad de Munich en los años sesenta).

⁹ Plan General de Estudios, aprobado por Real Decreto de 17 de septiembre de 1845, refrendado por el Ministro de la Gobernación, Pedro José Pidal.

Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857, refrendada por el ministro de fomento, Claudio Moyano Samaniego.

¹⁰ El Reglamento General de Instrucción pública, aprobado por decreto de las Cortes el 29 de junio de 1821, alude en su artículo 5, a un *catecismo que comprenda brevemente los dogmas de la religión, las máximas de buena moral y las obligaciones civiles*.

los españoles es católica y el Estado es católico, la enseñanza oficial debe obedecer a este principio, sujetándose a todas sus consecuencias. Partiendo de esta base, el Gobierno no puede consentir que en las cátedras sostenidas por el Estado se explique contra un dogma que es la verdad social de nuestra patria.

Es pues preciso que vigile V. S. con el mayor cuidado para que en los establecimientos que dependen de su autoridad no se enseñe nada contrario al dogma católico ni a la sana moral, procurando que los Profesores se atengan estrictamente a la explicación de las asignaturas que les están confiadas, sin extraviar el espíritu dócil de la juventud por sendas que conduzcan a funestos errores sociales.

Junto con el principio religioso ha marchado siempre el principio monárquico, y a los dos debemos las más gloriosas páginas de nuestra historia. Si el Gobierno de una nación católica no puede abandonar los intereses religiosos del país cuyos destinos rige, el Gobierno de una Monarquía constitucional debe velar con especial esmero para que se acate el principio político establecido, base y fundamento de todo nuestro sistema social”.

Indudablemente esto suponía una reacción a la breve etapa anterior de la I República, en cuyo Proyecto de Constitución Federal, tras proclamar la libertad del ejercicio de todos los cultos, (art. 34), se establecía la separación de la Iglesia del Estado, (art. 35), prohibiendo la subvención de cultos¹¹, aunque adoptando una posición notablemente liberal respecto a la libertad de creación de centros docentes¹².

Tras el paréntesis de la Segunda República, cuya Constitución prohibía a las Ordenes religiosas no disueltas, ejercer la industria, el comercio o la *enseñanza*, (art. 26), en un Estado que no tenía religión oficial (art. 3), pero que reconocía la libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión, salvo el respeto debido a las exigencias de la moral pública. (art. 27).

Con el Franquismo, el Concordato de 1953, establecía en su artículo XXVI que, “en todos los centros docentes de cualquier orden y grado, sean estatales o no estatales, la enseñanza se ajustará a los principios del Dogma y la Moral de la Iglesia Católica”, permitiendo además que las autoridades religiosas ejercieran tareas de vigilancia¹³.

Lo que puede sorprender más es que bajo la vigencia de la Constitución de 1978, en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales de 3 de enero de 1979, se incluya un precepto, que en gran medida, aunque de forma más suavizada, afirme que, “en todo caso, la educación que se imparta en los Centros docentes públicos será respetuosa con los valores de la ética cristiana”. (art. I).

No es lo mismo establecer que *la enseñanza se ajustará a los principios del Dogma y la Moral* (1953), que *será respetuosa con los valores de la ética cristiana* (1979), pero en ambos casos, la doctrina de la Iglesia es colocada en una situación de supremacía, actuando como parámetro jurídico respecto a cualquier contenido educativo, lo que puede chocar con el carácter no confesional del Estado, y los derechos fundamentales a la libertad de expresión, libertad de cátedra, y libertad de enseñanza.

Con ello contrastan fuertemente declaraciones contenidas en los documentos del Concilio Vaticano II, y que parece que son ya historia pasada: “Hay que prestar gran atención a la educación cívica, que hoy día es particularmente necesaria para el pueblo, y sobre todo para la juventud, a fin de que todos los ciudadanos puedan cumplir su misión en la vida de la comunidad política”¹⁴.

¹¹ “Queda prohibido a la Nación o al Estado federal, a los Estados regionales y los Municipios subvencionar directa ni indirectamente ningún culto”. (art. 36).

¹² “ Todo español podrá fundar y mantener establecimientos de instrucción o de educación, sin previa licencia, salvo la inspección de la autoridad competente por razones de higiene y moralidad.

¹³ “Los Ordinarios ejercerán libremente su misión de vigilancia sobre dichos centros docentes en lo que concierne a la pureza de la Fe, las buenas costumbres y la educación religiosa.

Los Ordinarios podrán exigir que no sean permitidos o que sean retirados, publicaciones y material de enseñanza contrarios al Dogma y la Moral católica”. (art. XXVI).

¹⁴ *Gaudium et Spes*. Constitución Pastoral sobre la Iglesia en el mundo actual. (núm.75).

La posición actual de la Iglesia católica española, respecto a la asignatura de Educación para la Ciudadanía, afirmando que el Estado actúa como educador más o menos totalitario de la Sociedad y de la Nación, y que al intervenir en la formación de la conciencia moral se aparta de su carácter de Estado de derecho democrático, supone adoptar una visión neoliberal del Estado manejando interesadamente categorías como la de Sociedad.

El Estado es considerado desde esta lógica como Estado-aparato, (Policía, jueces, Hacienda...) como instrumento para el ejercicio de la coerción, incluso como organización que ejerce el monopolio de la violencia legítima (Max Weber), lo cual es compatible con su consideración como garante global de todo tipo de riesgos, dispuesto a financiar a empresas privadas, y a subvencionar a diestro y siniestro, partidos políticos, fundaciones, espectáculos, ...Si el Estado es totalitario, lo es por debilidad, porque tiende a pagarlo *todo*, y de ésto, la Iglesia Católica en España ha obtenido y obtiene abundantes beneficios.

Acaso, ¿no es el Estado democrático el representante más legítimo de la Sociedad¹⁵, que designa a sus representantes para que formando la asamblea representativa o Parlamento, establezcan las leyes, tras el oportuno debate y aprobación mayoritaria, que se consideran como si el propio pueblo se las hubiese dado asimismo, en la medida en que la soberanía ha sido ejercida por sus representantes, con el límite de no vulnerar la norma fundamental o Constitución.

Para bastantes resulta hoy en día escandalosa la afirmación de que el Estado pueda *formar ciudadanos*, a través de sus instituciones educativas, aceptando encantados, por ejemplo, el que “la Patria forme buenos españoles”, o que “la Sociedad o España eduque a sus ciudadanos”.

En realidad, España se ha constituido en un Estado social y democrático de Derecho, (art. 1.1 de la Constitución), y parece lógico y aceptable, tal como sucede en otros países de nuestro entorno, el que existan leyes desarrolladas posteriormente por vía reglamentaria, que establezcan contenidos obligatorios de formación cívica, e incluso ética en los distintos niveles del sistema educativo.

Sin ir más lejos, bajo el Gobierno de J. M^a. Aznar, se aprobó la Ley Orgánica de Calidad de la Enseñanza (LOCE), en la que con muy buen criterio se consideraba como principio de calidad del sistema educativo, “la capacidad de transmitir valores, que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad social, la coherencia y mejora de las sociedades, y la igualdad de derechos entre los sexos, que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación”, (art. 1. b).

Además se establecía como objetivo de la Educación Primaria, lo cual aplaudo, “el conocer los valores y las normas de convivencia, aprender a obrar de acuerdo con ellas y respetar el pluralismo propio de una sociedad democrática”. (art. 15.2. a)¹⁶.

Aún más, en la Educación Secundaria Obligatoria, la LOCE introducía una asignatura de Ética, y en la correspondiente norma de desarrollo, el Real Decreto 831/2003, de

¹⁵ A. Gil de Zárate, inspirador del Plan Pidal de 1845, escribió lo siguiente:

“Si el Estado representa a la sociedad, él debe ser quien enseñe, y no hacerlo así es entregar la educación a merced de los partidos, es no cumplir con una de las más sagradas obligaciones que tiene, es conducir a la sociedad a la anarquía o al dominio de quien no es el Estado y usurpa sus derechos.

...Que sólo donde reside la soberanía reside también el derecho de educar, es decir, de formar hombres apropiados a los usos que necesita el soberano y que trasladada la soberanía a la sociedad civil, a esta sociedad corresponde sólo el dirigir la enseñanza, sin que se mezcle en ella ninguna otra sociedad, corporación, clase o instituto que no tenga ni el mismo pensamiento...ni los mismos intereses, ni las mismas necesidades que la sociedad civil”. (De la instrucción pública en España, Madrid, 1855, tomo I, págs. 158-159.)

¹⁶ En relación con la Educación Secundaria Obligatoria, se establecía como Objetivo:

a) Asumir responsablemente sus deberes y ejercer sus derechos en el respeto a los demás, practicar la tolerancia y la solidaridad entre las personas, y ejercitarse en el diálogo afianzando los valores comunes de una sociedad participativa y democrática. (art. 22.2. a).

Dentro de los objetivos del Bachillerato, figuraba del desarrollo de la capacidad de:

a) Consolidar una sensibilidad ciudadana y una *conciencia cívica responsable*, inspirada por los valores de las sociedades democráticas y los derechos humanos, y comprometida con ellos. (art. 34.2. a)

27 de junio, se afirmaba, de modo encomiable en mi opinión, que “la Ética debe ser patrimonio común de todos los alumnos, y debe contribuir a formar ciudadanos racionales, críticos, abiertos y tolerantes; es decir que sepan fundamentar racionalmente sus convicciones morales...¹⁷”.

En el citado Real Decreto se considera como Objetivo de la asignatura de Ética, “Iniciar el descubrimiento de los principios y valores morales, adquiriendo independencia de criterio y juicio crítico, *adoptando progresivamente hábitos de conducta moral que planifican la propia vida y rechazando aquellos que la hacen decaer en su dignidad de ser humano.* (Objetivo 10)”.

Por si todo ésto no fuese suficiente, dentro de los Criterios de evaluación se establece el siguiente:

“Iniciar la construcción de un código de conducta moral personal y autónomo. Se pretende evaluar si el alumnado es capaz de comenzar en esta etapa de desarrollo psicológico la creación de su propio itinerario de madurez moral, superando los niveles convencionales del desarrollo moral e iniciando el nivel de universalidad e imparcialidad éticas.”

¿Cuál es la interpretación que cabe hacer?

En primer lugar gran parte de los contenidos de las normas aprobadas en la etapa del Gobierno del Partido Popular, coinciden y en algún aspecto superan, los de la Educación para la Ciudadanía del Gobierno socialista.

Según se desprende de los textos aludidos, el Partido Popular adoptó iniciativas educativas, que alejadas de un enfoque neutral o aséptico, influían y formaban la conciencia moral de jóvenes y niños, y lo hizo incorporando elementos de una Moral pública, dirigida a formar ciudadanos.

Esta actuación que choca frontalmente con el contenido de las recientes Declaraciones Episcopales, *no fue objeto de críticas ni mucho menos de rechazo*, se trataba, y ésto es una opinión personal aunque pueda ser ampliamente compartida, de un Gobierno amigo, del que no había que desconfiar, máxime cuando además en la propia LOCE se establecía, y conviene recordarlo, en todos los niveles con carácter obligatorio un área de Sociedad, Cultura y Religión, que, eso sí, admitía dos opciones: confesional y no confesional¹⁸.

Si comparamos pues la descripción de contenidos del modelo del Partido Popular, referente sobre todo a Ética, y el de Educación para la Ciudadanía (EpC), del Gobierno socialista, veremos que no son tan distintos, aunque la Conferencia Episcopal, haya declarado que éste último, “no es conforme con la Doctrina social de la Iglesia, tanto por su carácter de formación estatal obligatoria de las conciencias, como por sus contenidos” (Declaración de 20 de junio de 2007), y haya centrado su crítica en lo que considera relativismo moral y la ideología de género. (Declaración de 28 de febrero de 2007).

Como vengo señalando, la Iglesia ataca las tradiciones del liberalismo político, que han entendido que las instituciones educativas públicas, además de transmitir, conocimientos, deben *formar ciudadanos*, entendiendo la ciudadanía democrática como la “forma de organización social de los *iguales* que lo son en derechos y deberes, no en raza, sexo, cultura, capacidades físicas o intelectuales ni creencias

¹⁷ Introducción a la Ética, en el Real Decreto 831/2003, de 27 de junio, por el que se establece la ordenación general y las enseñanzas comunes de la Educación Secundaria Obligatoria, (BOE núm. 158 de 3 de julio de 2003, pág. 25726).

¹⁸ “Dentro del área de Sociedad, Cultura y Religión, su opción no confesional, entiende el hecho religioso como un elemento de la civilización, y las manifestaciones y expresiones históricas de las distintas religiones como fenómenos que han influido en mayor o menor grado en la configuración social y cultural de los pueblos y en su trayectoria histórica. En consecuencia la opción no confesional del área de Sociedad, Cultura y Religión viene a contribuir a la formación humanística de los alumnos...” (Real Decreto 831/2003, pág. 25716).

religiosas: es decir igual titularidad de garantías políticas y asistencia social, así como igual obligación de acatar las leyes que la sociedad por medio de sus representantes se ha dado a sí misma”¹⁹.

En tal sentido, la Conferencia Episcopal rompe con toda una tradición de pensadores, entre los que podemos citar entre otros muchos a Montesquieu, Locke, Rousseau, Condorcet, Jefferson, Humboldt, Stuart Mill²⁰.

Por cierto, a los partidarios de Montesquieu, y que de vez en cuando se entristecen por su “muerte”, ante las intervenciones del Poder Ejecutivo, convendría recordarles que también se ocupó de la educación en las distintas formas de Gobierno:

“Las leyes de la educación son las primeras que recibimos, y como nos preparan para ser ciudadanos, cada familia particular debe gobernarse conforme al plan de la gran familia que comprende a todas.

Las leyes de la educación serán pues distintas en cada tipo de Gobierno: en las Monarquías tendrán por objeto el honor; en las Repúblicas, la virtud y en el despotismo, el temor.”²¹

Más adelante, se ocupa de explicar la noción de virtud en el Gobierno Republicano, con palabras de notable riqueza literaria y antológicas en la historia del pensamiento político, sobre la necesidad de una Moral cívica y pública, que viene a ser lo mismo, y que resultan básicas para comprender lo que puede ser la formación de los ciudadanos, y que además se ha presentado como referencia histórica de lo que puede entenderse como Patriotismo constitucional²², y un punto de reflexión sobre la confrontación ideológica y política en la España del inmediato presente, y, también hay que decirlo, como un ejemplo de lo que nosotros y especialmente las generaciones en formación se pueden perder, si triunfasen las posiciones del Eje episcopal-popular. (CEE-PP).

“Se puede definir esta virtud como el amor a las leyes y a la patria. Dicho amor requiere una preferencia continua del interés público sobre el interés de cada cual...

Este amor afecta especialmente a las democracias. Sólo en ellas se confía el Gobierno a cada ciudadano. Ahora bien es como todo el mundo: para conservarlo hay que amarlo.

Nunca se oyó decir que los reyes no amasen la Monarquía o que los déspotas odiasen el despotismo.

Todo depende, pues, de instaurar ese amor en la República, y precisamente la educación debe atender a inspirarlo. Hay un medio seguro para que los niños puedan adquirirlo y es que sus propios padres lo posean.

Cada uno es dueño de dar a sus hijos los conocimientos que tenga, pero más aún de darles sus pasiones”²³.

III. LA RESPUESTA AL DESAFIO DE LA EDUCACION PARA LA CIUDADANIA: LA OBJECION DE CONCIENCIA COMO SOLUCION

En los mencionados y recientes Documentos episcopales, se recomendaba a los padres disconformes, la defensa, “con todos los medios legítimos a su alcance”, del

¹⁹ F. Savater: *Diccionario del ciudadano sin miedo a saber*, Ariel, Barcelona, 2007, pág. 9.

²⁰ Resulta aconsejable la consulta del texto de J. González Ibáñez: *Derecho a la educación y Ciudadanía democrática. El derecho a la educación como desarrollo constitucional del Pensamiento Republicano Cívico*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2007.

²¹ Montesquieu: *Del Espíritu de las Leyes*. Editorial Tecnos, Madrid, 1972, Libro IV, *Las leyes de la educación deben estar en relación con el principio del Gobierno*, pág. 69.

²² J. C. Velasco: “Patriotismo constitucional y Republicanismo”, *Claves de Razón Práctica*, núm.123, págs. 33-40.

²³ Montesquieu: Op. cit. pág. 73.

derecho a ser ellos quienes determinasen la educación moral que desean para sus hijos, ya que la libertad religiosa y de enseñanza estarían en peligro.

La conferencia del cardenal Rouco Varela, finalizaba con una exhortación a que utilizaran, “el recurso legítimo a la objeción de conciencia”.

Tal recomendación coincide plenamente con la posición de diversos grupos que se oponen a la EpC, como el Foro español de la Familia, Profesionales por la Ética..., además de medios de comunicación como la COPE, *La Razón*, *El Mundo*, *Libertad digital*...

Por supuesto que hay otros medios jurídicos, como los procesos de inconstitucionalidad a la Ley Orgánica de Educación, o recursos de amparo contra sus Decretos de desarrollo, o los actos de aplicación de los mismos, o simples recursos contencioso-administrativos, incluso ya se ha interpuesto alguna querrela penal, contra autoridades que han aplicado las correspondientes normas, pero la objeción de conciencia se presenta por los mencionados grupos como el instrumento más adecuado y eficaz, para combatir la Educación para la Ciudadanía²⁴.

Los recursos son lentos, tienen que enfrentarse a principios jurídicos como la presunción de legitimidad de las leyes, o la ejecutividad de los actos administrativos, en el caso de que no se logre su suspensión cautelar por los Jueces, mientras que en cambio interpretando de modo trivial y simplificador argumentos doctrinales, y sobre todo algunas sentencias del Tribunal Constitucional, y disimulando otras, o de otros tribunales españoles o internacionales, se está en condiciones de afirmar alegre y rotundamente lo que sigue:

“La objeción de conciencia es, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, un derecho reconocido explícita e implícitamente en la Constitución Española (art. 16.1, sobre la libertad ideológica y religiosa), para cuya aplicación no es necesario un desarrollo legal específico para cada materia o caso. Los padres objetores ejercen un derecho constitucional y por tanto es inadmisibles en nuestro Estado de Derecho ningún tipo de sanción, perjuicio o represalia por parte de la Administración.”²⁵

A continuación me ocuparé de comentar alguna de las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, y del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo.

A) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español

Nuestra Constitución únicamente alude expresamente a la objeción de conciencia, considerándola como *una de las causas de exención del servicio militar obligatorio* (art. 30.2 CE).

Los partidarios del reconocimiento basado en la Constitución de otras formas de objeción de conciencia, o de una objeción general, aluden a diversas sentencias del Tribunal Constitucional, destacando la 53/1985 (Despenalización del aborto), en la que ante la alegación de los recurrentes de que no se preveía en el texto legislativo impugnado ninguna regulación de la objeción de conciencia, y tras señalar que tal cuestión era ajena al enjuiciamiento de la inconstitucionalidad del proyecto, establece en el FJ. 14, a modo de *obiter dictum*, que “el derecho a la objeción de conciencia existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16. 1 de la Constitución”.

Dos años después la posición del TC quedaría reflejada y modificada en dos sentencias correlativas sobre las leyes de objeción al servicio militar (160/1987 y 161/1987),

²⁴ Véanse entre otros documentos, “Educación para la Ciudadanía”: *Los Padres elegimos. Guía para la Objeción de Conciencia*, o *Decálogo para los padres objetores a EpC*. (www.profesionalesetica.com).

²⁵ *Decálogo para los padres objetores.....(Punto 2.)*

que supusieron una notable oscilación jurisprudencial y generaron un relevante disgusto entre los partidarios de una objeción de conciencia multidireccional y a la carta.

En primer lugar el TC se pronuncia sobre la naturaleza del derecho estableciendo que no se trata de un Derecho Fundamental: “Se trata de un derecho constitucional reconocido por la Norma suprema en su artículo 30.2... pero cuya relación con el artículo 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental” (STC 160/1987, FJ.3).

La tensión entre cumplimiento de la ley, y el respeto a los dictados de la conciencia se resuelve en este sentido:

“En una sociedad democrática, en un Estado social y democrático de Derecho, que se construye sobre el consenso mayoritario expresado libremente —aun dentro de las limitaciones de los sistemas electorales— la permisión de una conducta que se separa de la norma general e igual para todos, ha de considerarse como excepcional... porque de lo que se trata —el derecho del objetor— es de obtener la exención del cumplimiento de una norma, convirtiendo esa conducta en lícita, legítima o legal.” (FJ.4).

En la STC 161/1987, que desestimó la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Nacional contra la Ley 48/1984, reguladora de la objeción de conciencia, se insistía en tal perspectiva:

“Se trata ciertamente de un derecho que supone la concreción de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16 de la Norma suprema. Pero de ello no puede deducirse que nos encontremos ante una pura y simple aplicación de dicha libertad. *La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro derecho o en derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado*” (FJ.3).

La rotundidad de estas sentencias, no escaparía a la crítica también por parte de autores, que podríamos considerar, con todas las insuficiencias del término, como juristas progresistas, partidarios de un enfoque más flexible del reconocimiento de la objeción de conciencia, aunque eso sí, sometido a juicio de ponderación, por parte de Jueces y Tribunal Constitucional²⁶. Se trataría más bien, y en esto coinciden dos especialistas procedentes del Derecho Eclesiástico del Estado, y que se sitúan en otras coordenadas distintas, no tanto de “admitir o no admitir un teórico derecho general a la objeción de conciencia, cuando precisar sus límites. Tarea que no siempre el legislativo podrá encontrarse en condiciones de hacer.”²⁷

Lo que empezó como objeción al aborto y al servicio militar obligatorio, se ha convertido en una *big bang* o explosión de otras múltiples objeciones de conciencia, como al pago de determinados impuestos, a tratamientos médicos, a dispensar productos farmacéuticos, al trabajo en determinadas festividades religiosas, o actividades profesionales relacionadas con actos religiosos, a la celebración de matrimonios homosexuales, a la investigación biomédica, a ejercitar deberes cívicos electorales o formar parte de jurados, a no cursar determinadas asignaturas, y de modo especial en lo que atañe a estas páginas, al carácter obligatorio de la enseñanza de la Educación para la Ciudadanía²⁸.

Tales pretensiones se reivindican desde posiciones ideológicas diferentes, pero en los últimos tiempos, a partir de la victoria electoral del Partido Socialista en 2004, y el logro de una mayoría parlamentaria, capaz de sustentar al gobierno de Rodríguez

²⁶ M. Gascón y L. Prieto: “Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional”, en, *Anuario de Derechos Humanos*, 1988-89, págs. 97-120.

M. Gascón: *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, CEC, Madrid, 1990 (págs. 289 y ss.)

²⁷ R. Navarro-Valls y J. Martínez-Torrón: *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y Comparado*, Madrid, 1997, págs. 25-26.

²⁸ R. Díaz-Salazar: *Democracia laica y religión pública*, Madrid, 2007, págs. 61-62. I. Martín Sánchez: *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*, Madrid, 2002.

Zapatero, se han intensificado como réplicas a sus iniciativas, por ejemplo en investigación biomédica, matrimonio entre personas homosexuales, o implantación de determinadas enseñanzas en el sistema educativo.

¿Qué hacer, cuando los rivales políticos, disponen de la potestad legislativa y reglamentaria, y nos pueden imponer obligaciones jurídicas que rechazamos, ¿cómo frenar al poder de la ley?

Existen diversas posibilidades, como emplear los medios que garantizan la supremacía de la Constitución, es decir acudir al Tribunal Constitucional, de ahí la enorme importancia, aunque sea aberrante, de poder contar con una mayoría en el seno del mismo. También se puede acudir a la distinción entre legitimidad y legalidad, o entre *el sublime Derecho y la simple ley*, para lo que puede ser muy conveniente dominar la interpretación judicial de las normas legislativas, o poder designar, vía Consejo General del Poder Judicial a los miembros más relevantes del poder judicial.

Puede ser recomendable oponer a la ley, expresión de la voluntad general de los ciudadanos a través de sus representantes, actuaciones basadas en la democracia directa, como el referéndum o la iniciativa legislativa, aunque su eficacia es bastante limitada.

Frente a las decisiones del Parlamento, cabe oponer la actuación en la calle, con grandes y repetidas manifestaciones masivas, que ensombrezcan a la mayoría que en su momento eligió a sus representantes.

Y por qué ocultarlo, cabe intentar escapar a las obligaciones legales, acudiendo al fuero de la conciencia, para lograr inmunidad por el incumplimiento.

Es decir oponer una vez más, la conciencia, a la ley, al Derecho²⁹.

En un texto publicado en 1983, Habermas³⁰, aludiendo a la opinión dominante entre los juristas, señala que “quien quebranta leyes apelando a su conciencia, recaba para sí derechos que nuestro Estado democrático de derecho no puede reconocerle a nadie si quiere salvaguardar la seguridad y libertad de todos los ciudadanos. Quien practica la desobediencia civil en el Estado de derecho, juega con la seguridad jurídica, uno de los supremos y más vulnerables logros culturales”.

Debo manifestar que la objeción de conciencia, supone la alegación de un derecho constitucional, y que debe ser ponderada empleando criterios de proporcionalidad y racionalidad en relación con la protección de otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos, entre los que sitúo el cumplimiento igualitario de las leyes, siempre que no vulneren la Constitución, cuestión sobre la que tiene monopolio el Tribunal Constitucional, a través de los correspondientes procedimientos, desplazando entonces, y sólo entonces la justificada presunción de legitimidad de las leyes.

Por otro lado, hay que aceptar las apelaciones a la objeción de conciencia, e incluso a la desobediencia civil, analizando sus razones jurídicas, pero hecho esto, si conforme a los criterios expuestos anteriormente, no superaran la correspondiente ponderación, es indispensable proclamar además de la supremacía de la Constitución, y la primacía del Derecho Comunitario, la aplicación de las leyes democráticas y la obediencia al Derecho, encarnado en ellas y rechazar además el abuso de derechos que pueda alegarse.

B) La posible influencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo

La eventual consideración por algunos sectores de la objeción de conciencia como un Derecho Fundamental, o al menos como integrante del contenido del derecho a la libertad ideológica o religiosa, así como la incidencia que el establecimiento de la EpC,

²⁹ M^a. J. Falcón Tella: “La desobediencia civil y la Constitución española de 1978: ¿un derecho a la desobediencia?”, en, *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, UNAM- Universidad Complutense de Madrid, 2000, tomo III, págs. 1563-1596.

³⁰ J. Habermas: “La desobediencia civil. Piedra de toque del Estado democrático de derecho”, en, *Ensayos Políticos*, Barcelona, 2002, págs. 71-101. (pág. 79)

podiera tener sobre el derecho de los padres a que sus hijos reciban una enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas, justifica un breve análisis de algunas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por otra parte, hay que partir de la constatación de que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no reconoce el derecho a la objeción de conciencia³¹, y que los órganos judiciales de Estrasburgo, han mantenido una posición restrictiva respecto a tales supuestos, al interpretar que no estarían cubiertos por el artículo 9 del Convenio^{32,33}.

Sin embargo el contenido del artículo 2 del Protocolo Adicional 1 al Convenio, referido al derecho a la instrucción³⁴, si puede ofrecer más cobertura a las cuestiones que trato en estas páginas.

La cuestión sería la siguiente: El establecimiento en España con carácter obligatorio de la asignatura de Educación para la Ciudadanía, ¿vulnera alguno de los Derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, o en sus Protocolos Adicionales, de manera que en el futuro, pueda el Tribunal Europeo, declarar tal vulneración?

Aunque no hay sentencias que ofrezcan una respuesta directa a esta pregunta, podemos tener en cuenta algunos pronunciamientos.

En primer lugar, por su relevancia, y por las semejanzas que guarda con la cuestión que nos interesa, la sentencia sobre el *Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca*, de 23 de julio de 1968³⁵.

En este caso los demandantes, padres de diferentes alumnos, consideraron que la legislación danesa que establecía con carácter obligatorio en las escuelas públicas de Dinamarca, enseñanzas referidas a la educación sexual, vulneraba sus convicciones de padres cristianos [art. 2 del Protocolo 1, en relación con el art. 8, (respeto a la vida privada y familiar), 9 (derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) y 14 (prohibición de discriminación) del CEDH].

El Tribunal llegó a la conclusión de que la educación sexual impuesta en las escuelas públicas danesas, no vulneraba las convicciones religiosas y filosóficas de los padres, al difundirse de manera objetiva, crítica y pluralista, y sin pretensiones de adoctrinamiento (§ 53)³⁶. Estas expresiones reflejarán hasta nuestros días la posición del Tribunal, alcanzando un grado de doctrina jurisprudencial consolidada, y se repiten en muy diversas sentencias.

Además el Tribunal establece algo muy importante, al señalar que, entre las convicciones amparadas por el Protocolo, no se hallan las opiniones paternales sobre la conveniencia o no de que sus hijos reciban educación sexual en las escuelas públicas danesas, correspondiendo al Estado fijar el contenido de los programas de enseñanza,

³¹ I. Martín Sánchez, op. cit. págs. 147-148.

³² "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público, o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no pueden ser objeto de más restricciones que las que, previstas en la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas o la protección de los derechos o las libertades de los demás."

³³ Véase, A. Torres Gutiérrez: "La libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 CEDH), en, J. García Roca y P. Santolaya (coords.): *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2005, págs. 509-527.

³⁴ "2. A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas".

³⁵ Esta sentencia aparece íntegramente traducida al castellano, por Piedad García Escudero en el *Boletín de Jurisprudencia Constitucional de las Cortes Generales* (BJC), núm. 24, abril 1983, págs. 412-426.

³⁶ "El examen de la legislación impugnada prueba, en efecto, que no constituye un intento de adoctrinamiento tendente a preconizar un comportamiento sexual determinado. Esta legislación no se consagra a exaltar el sexo ni a incitar a los alumnos a dedicarse precozmente a prácticas peligrosas para su equilibrio, su salud o su futuro, o reprobables para muchos padres."

atendiendo al interés general, y evitando el adoctrinamiento. Como puede observarse, esta argumentación cabe trasladarse, en mi opinión, a la cuestión de la Educación para la Ciudadanía.

Otras sentencias de interés pueden ser las recaídas en el *Caso Régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*, de 23 de julio de 1968, en el que el Tribunal declaró que las preferencias lingüísticas de los padres, no están englobadas dentro de las convicciones filosóficas, y en los *Casos Efstratiou y Walsamis contra Grecia*, estableciendo que la dispensa de educación religiosa y de asistencia a la misa ortodoxa, de la que disfrutaban determinados alumnos, no era aplicable a la obligación de participar en un desfile escolar patriótico, que carecía de connotaciones militaristas ya que resulta razonable en una sociedad democrática celebrar ciertos acontecimientos patrios³⁷.

En el presente año 2007, dos significativas sentencias se han ocupado de interpretar el contenido del artículo 2 del Protocolo 1.

En el *Caso Folgerø y otros contra Noruega* de 29 de junio, los demandantes, miembros de la Asociación Humanista Noruega alegaron que la enseñanza obligatoria de la asignatura Cristianismo, Religión y Filosofía, vulneraba su derecho a que sus hijos recibieran una enseñanza conforme con sus convicciones religiosas y filosóficas, y recurrieron contra la negativa de las autoridades noruegas a dispensarles de la misma.

El TEDH insistirá en la doctrina consolidada de que *las enseñanzas sean desarrolladas de manera objetiva, crítica y pluralista, prohibiendo al Estado que persiga objetivos de adoctrinamiento*.

En relación con el caso concreto, el Tribunal tras indicar que no existe un derecho de los padres a mantener a sus hijos en la ignorancia de materias de religión y filosofía, considerará por nueve votos contra ocho, que se produjo una vulneración del derecho de los padres, debido a la preponderancia en la asignatura citada de componentes del Cristianismo (recordemos además que conforme al artículo 2 de la Constitución, Noruega es un Estado confesional, siendo la religión luterana evangélica, la oficial del Estado), así como a la introducción en la misma de prácticas religiosas tales como oraciones, memorización de textos... (§ 93-94).

La otra sentencia de interés es la que se refiere al *Caso Hasan y Eylem Zengin contra Turquía* de 9 de octubre de 2007.

Los demandantes eran de religión alevista y solicitaron que sus hijos quedaran dispensados de las clases de cultura religiosa y ética, ya que ofrecían una visión religiosa centrada sustancialmente en la interpretación sunnita del Islam.

El TEDH, tras precisar que el artículo 2P1, no impide que los Estados puedan ofrecer a través de sus instituciones educativas, información objetiva o conocimientos de tipo directa o indirectamente religioso o filosófico, señala que no cabe permitir que los padres objeten a la incorporación de tales enseñanzas en los planes escolares, pues de lo contrario la enseñanza institucionalizada correría el riesgo de hacerse impracticable (§ 51).

Sin embargo atendiendo a las circunstancias del caso, el Tribunal considera que se ha vulnerado el derecho de los padres, a que sus convicciones, entendidas no como, "opiniones" o "ideas" sino capaces de alcanzar un grado de seriedad, cohesión y relevancia³⁸, sean respetadas, lo que no ha sucedido a la vista del contenido de los programas y manuales que incluyen oraciones diarias e instrucción conforme a los principios de la fe mahometana, sin tener en cuenta el pluralismo religioso existente en la sociedad turca (§ 67).

³⁷ R. Canosa Usera: "Derecho a la instrucción y pluralismo educativo" (Art .2 P1), en, J. García Roca y P. Santolaya, op.cit. págs. 801-823.

³⁸ Véase el Caso *Valsamis* de 18 de diciembre de 1996, (§§ 25 y 27), y *Campbell y Cosans*, de 25 de febrero de 1982, (§§ 36-37).

Estas dos sentencias han sido acogidas en sectores españoles que propugnan la objeción de conciencia³⁹, con gran agrado, aunque se refieren a supuestos distintos, y afectan a cuestiones religiosas. Lo significativo es que la actuación de los correspondientes Gobiernos noruego y turco, no respetó los principios y requisitos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal. No está tan claro que el establecimiento de enseñanzas de educación cívica en el Estado español y el modo en que se ha efectuado generen una decisión semejante.

IV. A MODO DE CONCLUSION

En mi opinión, el problema de la Educación para la Ciudadanía en España se halla claramente sobredimensionado. Lo que en otros países europeos es algo normal, que el sistema educativo incluya enseñanzas de formación cívica, entre nosotros ha sido tomado como un pretexto para la confrontación política e ideológica, básicamente a instancias de la Conferencia Episcopal, grupos católicos y Partido Popular, quienes no parecen tener en cuenta, que durante el Gobierno de dicho partido, se implantaron enseñanzas de Ética, cuyos contenidos no eran muy distintos de los que ahora se atacan.

La situación actual gira en torno a una cuestión que tiene su importancia, pero no la exagerada trascendencia que algunos sectores le otorgan. Dedicar una hora a la semana a la EpC, o poco más, no parece que sea tan determinante para la formación de la tierna conciencia de niños y jóvenes, que por suerte o por desgracia se forman a través de otras instancias socializadoras más decisivas⁴⁰.

Soy partidario de la introducción en el sistema educativo de contenidos de educación ciudadana de modo conforme con la Constitución, y la doctrina establecida por el TEDH. Hay que superar el déficit de formación democrática, que se puede constatar en la sociedad española.

Considero un peligro para el Estado de Derecho, la generalización y abuso de la objeción de conciencia, o incluso desobediencia civil, que pone en peligro el imperio de la ley, expresión de la voluntad de la mayoría de los ciudadanos, manifestada a través de sus representantes legítimos, aunque sometida a la supremacía de la Constitución.

³⁹ Bajo el titular: *El Tribunal de Estrasburgo respalda la objeción de conciencia*, el semanario *ALBA* (19-25 de octubre de 2007), afirma que, "El movimiento de objeción de conciencia a la Educación para la Ciudadanía, está de enhorabuena. Dos recientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo dan la razón a los padres que denuncian la intromisión del Estado en la educación moral y religiosa de sus hijos. Exactamente la misma circunstancia que el caso español, donde el movimiento objetor a EpC argumenta sobre la base del derecho de los padres a la educación moral de sus hijos frente a intromisiones de corte "estatalistas" defendidas por el Gobierno." (pág. 14).

⁴⁰ Una visión desmitificadora sobre la enseñanza en ESO y en Bachillerato, J. A: Rivera: "¿Cómo educar en valores? Sobre Educación para la Ciudadanía". *Claves de razón práctica*, núm. 176, octubre de 2007, págs. 34-41.

Tensiones político-criminales en el proceso penal*

Alberto M. BINDER

I. TENSIONES Y MIRADAS EN EL PROCESO PENAL

El proceso penal es una encrucijada de caminos que nos obliga a tomar decisiones difíciles. Las necesidades sociales que se expresan a través de él no son menores y nos interpelan con mucha mayor fuerza que en otras áreas de la administración de justicia. Por una parte, nos enfrentamos a la tarea de evitar graves daños a los ciudadanos y el dolor de las víctimas —o la desesperación ante la impunidad— se multiplica en formas cada vez más hirientes. Por otra parte, nada nos indica que debamos disminuir la histórica sospecha ante el posible abuso de poder o bajar la guardia en la defensa de las libertades públicas, siempre frágiles ante el Estado Leviatán. Al contrario, la última década nos ha sorprendido con nuevos y variados mecanismos de violencia sin control y con argumentaciones renovadas a favor de las limitaciones al derecho de defensa, el secreto de la actuación pública o directamente la apología de formas no tan solapadas de la vieja tortura¹.

El reconocimiento de la existencia de estas tensiones no es nuevo y ya constituye una fórmula clásica en nuestra materia sostener la necesidad de construir un proceso penal que cumpla con la tutela efectiva de las víctimas tanto como proteja los derechos inalienables de las personas sometidas a enjuiciamiento o investigación. Las viejas fórmulas que encontramos en Carrara o en Mittermaier son repetidas en nuestros tribunales y abogados. Incluso esta fórmula de compromiso ya forma parte del bagaje elemental de todo estudiante de derecho procesal y se sustenta en un “sentido común” que parece blindarla de toda consideración crítica².

Sin embargo, esa fórmula no es buena. No lo es porque simplifica el problema y nos brinda la falsa impresión de que construir esa síntesis entre funciones antagónicas es algo “dado” o fácil de construir en el decurso histórico del procesal penal. Nada más alejado de la realidad. En primer lugar, debemos interrogarnos acerca del plano en el que se halla esa fórmula de compromiso. ¿Es ella una descripción de lo que ocurre? ¿O es una expresión de lo que debería ocurrir en el proceso penal? ¿O, finalmente, es una frase didáctica para hacernos entender las tareas del proceso penal? Es probable que la usemos en todas esas dimensiones y, generalmente, sin advertir en que plano la estamos usando. Pero, de todos modos, en todos ellos esa fórmula tiene problemas. Si nos referimos a una situación de hecho, creo que la idea de una “síntesis” entre la tutela efectiva de los derechos de las víctimas (incluida en esta frase al conjunto de la sociedad que se expresa a través de la acción pública) expresa bastante mal las opciones que se toman todos los días en nuestros tribunales. Ellas se nos presentan como antinomias, como contradicciones donde no quedan contentas las dos partes. Mucho

* Ponencia presentada en el XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, realizado en Bogotá, 5 al 7 de Septiembre del 2007, organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

¹ No cambian de naturaleza los debates porque se los revista de formulas jurídicas (tales como el Acta Patriótica, en los Estados Unidos o se los pretenda presentar como un “simple” dato del ordenamiento jurídico, revestido de academicismo, tal como ocurre en el llamado “derecho penal del enemigo”. Los temas a debatir y las posturas ideológicas que se expresan en ellos son las que corresponden a las tradiciones liberales y autoritarias que han cambiado de nombre a lo largo de la historia pero mantienen un núcleo central de diferencias que permite reconocerlas pese a sus mutaciones.

² En mi libro sobre “Introducción al derecho procesal penal”, Ed. Ad Hoc, 1 edición, págs. 52 y ss. Ya está planteada esta posición aunque no con total claridad. En el Derecho Procesal Penal de Julio Maier, se sustenta la posición que conocemos como “doctrina de la doble eficiencia”, Ed. Del Puerto, Tomo I, pg. 83 y ss.

más aún cuando el proceso penal, en tanto discierne la aplicación de una pena, no admite soluciones intermedias: o ella es aplicada o el imputado es absuelto. En ese sentido es un sistema binario, sin zonas grises, ya que el principio *in dubio pro reo* impide toda solución de ese tipo. En consecuencia las necesidades de tutelar a la víctima o al imputado no encuentran nunca una fórmula exacta de síntesis; en el mejor de los casos se “equilibran” en un punto que nos parece admisible valorativamente, pero que estará siempre en cuestión, siempre sometido a la crítica en un sentido u otro. Esto ocurre tanto respecto a cada caso o a clase de casos. Incluso si queremos usar la fórmula de compromiso para referirnos a un determinado momento histórico del proceso penal nos encontraremos con el hecho ineludible de que los “equilibrios” entre ambas necesidades sociales son muy diferentes en los distintos tipos de delitos de los que se ocupa el proceso penal. Como fórmula descriptiva, en consecuencia, esta “armonía” en el cumplimiento eficiente de ambas finalidades nos muestra un proceso penal que en realidad no existe. No nos señala la dinámica contradictoria que está en la base del mismo proceso y que no se resuelve en ninguna armonía.

Podemos usar la fórmula señalada como expresión de un deber ser. En este sentido el mejor proceso penal sería aquél que pudiera dar satisfacción eficiente a ambas finalidades sociales. Esta formulación tanto nos podría servir de estímulo de corto plazo para perfeccionar el proceso penal como de horizonte utópico para el desarrollo de una política procesal de largo plazo. Si se trata del primer caso, en realidad no necesitamos a la fórmula de compromiso ya que es la consecución de cada finalidad social en sí misma lo que ha empujado y empuja al proceso penal, inclinándolo hacia un lado o hacia el otro y provocando, de hecho, equilibrios inestables. El proceso penal es empujado, por así decir, por la víctima y el imputado hacia lados diferentes en una puja sin fin. Si se trata de la segunda dimensión, de largo plazo, la fórmula ya no es deseable, dado que el objetivo final no es construir el mejor proceso penal, sino algo mejor que el proceso penal y el derecho penal. La aplicación de una pena podrá ser una herramienta de la que aquí y ahora (o en un futuro, mas o menos cercano) no podemos prescindir pero no es una herramienta que debemos sostener como un instrumento benévolo de la vida social. Aún quienes tienen una visión pesimista del hombre y la sociedad pueden reconocer que en el plano de la utopía es mejor sostener una sociedad sin violencia que una con la violencia contenida o institucionalizada. Nos queda discernir si se trata de una buena fórmula pedagógica, si ella nos prepara mejor para entender y actuar en el proceso penal. Si de lo que se trata es de señalar que dos finalidades enfrentadas en el proceso penal, existen muchas otras formas de expresar la misma idea con igual o mayor capacidad comunicativa o plástica. Ahora si se trata de preparar al alumno para entender mejor o actuar con eficiencia en el proceso penal, no le hacemos ninguna favor si lo adiestramos por fuera del contexto real de contradicciones en el proceso penal o no le enseñamos a mirar con especificidad los distintos intereses en juego. Los contendientes no tienden al equilibrio sino a la defensa de los intereses que deben representar, sin perjuicio de que finalmente se construya alguna forma de equilibrio.

Como derivación de lo anterior también debemos señalar las debilidades de la presentación del proceso penal bajo una forma dialéctica. Es cierto que ella reconoce las posturas contrapuestas, pero es de la esencia de la dialéctica reconocer la síntesis de los opuestos y poner el énfasis en ese momento sintético. El recurso a la idea dialéctica se presta mejor al proceso penal visto desde la óptica del juez y pareciera que finalmente lo que está en juego es sólo un problema de perspectivas. Pero no es así, aún cuando nos pongamos en el lugar del juez, lo que el hace no es una síntesis entre dos intereses sino la opción por uno de ellos. En el caso del proceso penal el juez o autoriza la pretensión del acusador o la niega. No construye ninguna solución de compromiso.

Es por estas razones que siempre hemos preferido explicar el proceso penal desde su *antinomía fundamental*, es decir, desde esa contradicción de intereses que constituye su base, explica su dinámica y resalta sus tensiones. Una contradicción que no se

resuelve en ninguna síntesis ni armonía, que queda como pura contradicción, como puro contraste de fuerzas que se equilibrarán de algún modo, modo inestable, mejor dicho, en una multiplicidad de equilibrios que se dan caso a caso y por tipos de procesos y delitos, generando la multiforme vida del sistema penal.

Pero, sin duda, lo afirmado precedentemente constituye también una mirada, una forma de comprender el proceso penal. A lo largo de la historia esas miradas han variado, aunque nunca han ocultado totalmente esa contradicción de intereses y expectativas que está en su base. Ha sido el modelo inquisitorial quien ha tenido más éxito en ocultar esa contradicción de intereses y presentarnos el proceso penal desde una perspectiva distinta. Es que en la lógica inquisitorial la contradicción es únicamente entre el imputado y el Estado, se trata de un modelo infraccional, que ha desplazado a los intereses de la víctima y se presenta desde la restauración de la relación de obediencia respecto de la cual el hecho es sólo una manifestación. Esta visión, despojada ya de sus connotaciones moralistas y teologales, ha logrado pervivir a lo largo de los siglos y se mantiene aún con gran fuerza. Hasta hace apenas unas décadas, con fórmulas que no ocultaban demasiado sus orígenes inquisitoriales. Luego, en la medida que el aparato conceptual del derecho procesal se fue depurando la mirada inquisitorial quedó oculta en la lógica del trámite y el análisis secuencial que nutrió de ideas a las diversas formas de procedimientos mixtos,

La mirada unitaria sobre el proceso penal aún mantiene vigencia. Ya sea en las concepciones meramente instrumentales del proceso penal, o en las visiones aparentemente obvias que nos enseñan las reglas procedimentales o en un derecho procesal penal que se desentiende de las consecuencias políticas de sus normas y se presenta a sí mismo como el pequeño saber de la burocracia judicial, la más potente ideología estatal de nuestros días. El problema central de la mirada unitaria sobre el proceso penal no es sólo que debilita la mirada sobre los intereses contrapuestos, sino que se ubica en un lugar de compromiso, que como hemos dicho, no existe en el proceso penal, salvo bajo el modelo inquisitorial.

Pero de todos modos, en lo que nos interesa para esta exposición, lo determinante es que el objetivo de tutela efectiva de los intereses de la víctima (y la consiguiente lucha contra la impunidad) es decir los objetivos político-criminales del proceso penal, por un lado, y la lucha por la defensa de las libertades públicas siempre amenazadas por esa política criminal, quedan diluidos, opacados en la mirada unitaria sobre el proceso penal. Opacadas en sí mismas, como dimensiones insoslayables del proceso penal y diluidas en la fuerza de su oposición sin armonía.

Es conveniente, en consecuencia, rescatar ambas dimensiones y su contradicción, tal como lo hace la idea de antinomia fundamental. Este rescate es importante porque el desarrollo del proceso penal nos obliga a desarrollar ambas dimensiones en su lógica interna, que es diferente y a construir un saber práctico para cada una de ellas, conforme también a sus necesidades específicas. Un derecho procesal penal instalado en la mirada unitaria es como el conductor de una cuadriga que corrige la fuerza de uno u otro de los líderes, pero no deja desarrollarlos en su propia fuerza.

Debemos pues, abrir una reflexión autónoma sobre la dimensión político criminal del proceso penal, independientemente del sistema de garantías. Pero entiéndase bien, ello no implica que debemos dejar de lado el sistema de garantías o debilitarlo: todo lo contrario, también una reflexión autónoma sobre ese sistema, permite desarrollarlo con mayor amplitud y sin autorestricciones, fundadas en razones político-criminales. Desde el punto de vista de la construcción de saberes prácticos, está faltando un tipo de conocimiento necesario para desarrollar una verdadera eficacia del proceso penal, independientemente del cumplimiento estricto del sistema de garantías o, incluso, de su ampliación.

La política criminal, como parte de las políticas públicas del Estado (de exclusiva gestión estatal, a diferencia de otras políticas públicas) es mucho más extensa que el proceso penal. De hecho, el proceso es sólo uno de los instrumentos de ella, aunque uno

de gran importancia, ya que está indisolublemente ligado a la pena, que es el instrumento político-criminal por excelencia. ¿Cuál es el saber que orienta, perfecciona, corrige a la política criminal? Todavía no se ha consolidado y a lo largo del último siglo tanto el derecho penal (en particular el derecho penal orientado a las consecuencias político-criminales) o la Criminología han pretendido ocupar ese lugar. Sin embargo lo han hecho a medidas y de un modo oblicuo. De hecho, una de las políticas públicas de mayor riesgo dentro del Estado (porque implica el uso de los instrumentos violentos del Estado) se encuentra en gran medida al garete sin un saber que la controle y oriente y, por ende, sin reglas técnicas además de las políticas o morales, sin una comunidad de control, sin claridad en sus propuestas, sin un lenguaje común estabilizado que facilite el debate público y el control democrático.

Creo que la constitución de una nueva disciplina, el Análisis político-criminal deberá llenar este vacío. Una nueva disciplina no es nada más que eso, un ordenamiento clarificador de conocimientos que ya existen, pero que no han encontrado aún su método. El análisis político-criminal nos permitirá conjugar de un nuevo modo hallazgos que ha hecho el derecho penal, la criminología o el mismo derecho procesal, pero en mayor medida nos permitirá trasladar la enorme cantidad de ideas, experiencias y controversias que giran alrededor del análisis de políticas públicas en los últimos cincuenta años.

En efecto, como nos señala Subirats: “los trabajos de gente como Simon, Dahl, Lindblom, Wildavsky o Majone han resultado esenciales para comprender que la política no es sólo preocupación por los mecanismos de poder y legitimidad, ni tampoco exclusivo interés por el mundo de la representación política, a través de análisis exhaustivos de partidos o elecciones. La llamada escuela de *public policy* nos ha ido aportando un volumen significativo de estudios y análisis en los que subyace la preocupación por la formación de decisiones políticas y su puesta en marcha. El mundo de las políticas ha permitido analizar la política en acción, conectado con otras disciplinas, como la economía, el derecho o la sociología, en la voluntad de explicar procesos de intervención pública en sociedades pluralistas. (...) Se parte del presupuesto pluralista, en el que poderes y recursos se distribuyen de manera desigual, y en el que los procesos decisoriales son más bien el resultado de interacciones múltiples en las que participan muchos actores (políticos electos, funcionarios de todos los niveles, pero también partidos, grupos de interés, expertos, académicos, medios de comunicación) de manera simultánea. Se “burocratizan” los procesos políticos, se “politizan” los procesos burocráticos, se socializan unos y otros³. O como señala en el mismo sentido Aguilar Villanueva: “Nuestros politólogos han prestado gran atención a la historia de la formación del sistema político, a los alcances y límites de su funcionamiento, a los canales y procesos de producción del consenso, a las varias patologías del sistema. Contamos con estudios extraordinarios pero pocas han sido comparativamente las investigaciones especializadas acerca de la forma, patrón y estilo de elaborar las políticas, acerca de sus éxitos y fracasos en diversas áreas de asuntos públicos, que en mucho habrían ayudado a allegar evidencia favorable a las atrevidas hipótesis sobre el funcionamiento y destino (casi siempre imaginado como catastrófico) del sistema político”⁴. Por ello, insiste Aguilar V: “El esfuerzo intelectual y práctico ha de centrarse en el proceso de la política, en sus condiciones de consenso, corrección y factibilidad, en su formación, implementación, impacto y evaluación. En averiguar y depurar la manera como ciertos problemas sociales o grupales devienen públicos y agenda de gobierno, la manera como se obtiene y depura la información acerca de los problemas, se les define y explica; las teorías causales que sustentan la construcción y evaluación de las opciones

³ Subirats, Joan: Introducción a la obra de Charles E. Lindblom, “El proceso de elaboración de políticas públicas”, traducción Eduardo Zapico Gofí, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1991, pág. 5.

⁴ Aguilar Villanueva, Luis: presentación a la antología “El estudio de las políticas públicas” 3 edición, Miguel Angel Porrúa eds. México 2003 (1 reopresión). págs. 6 y 22.

de acción gubernamentales, la confiabilidad de los cálculos de costos y beneficios y consecuencias; los mecanismos gubernamentales de comunicación y persuasión para obtener el apoyo de los ciudadanos en torno de una política; los defectos y emergencias a lo largo del proceso de implementación, la evaluación de las políticas, los criterios para terminarlas o continuarlas, la opinión pública que juzga su efectividad y propone opciones diferentes de abordaje.

¿Debe provocar el análisis político-criminal un desplazamiento de las tareas del derecho procesal penal? Sin duda, aunque esto todavía no se vislumbra con claridad, porque nos obliga a replantear buena parte de su aparato conceptual. Si el análisis político-criminal nos brindará los conocimientos necesarios para procurar la eficacia del programa punitivo y la defensa de los intereses de las víctimas, al derecho procesal le compete, al igual que al derecho penal, el desarrollo exclusivo de los límites al poder punitivo, es decir, la expansión del sistema de garantías. Cada saber, de este modo, sirve a una finalidad específica, no necesita realizar transacciones valorativas entre necesidades contrapuestas y permite dotar coherencia racional a su estructura conceptual en la medida que también tiene en la base una coherencia valorativa sin necesidad de compromisos. No otro que este, era en mi opinión, el programa original de V. Litz, mientras no quedó desplazado por la idea de ciencia penal conjunta. En efecto, tal como lo ha reconocido el propio Roxin, para oponerse a esta concepción: “la idea del fin en el derecho penal, bajo la que Liszt había colocado su famoso programa de Marburgo, es la meta de la Política Criminal, mientras que el Derecho Penal, como “magna carta del delincuente”, según expresa confesión de Liszt, protege, “no a la comunidad, sino al individuo que se rebela contra ella”, garantizándole el derecho de ser castigado solo bajo los presupuestos legales y únicamente en los límites legales. Liszt no quería, como hubiera sido consecuencia de su idea de fin, que “sin toda la triquiñuela formalista de los “criminalistas clásicos” se pudiera dar en el caso concreto una decisión que sirviera a la comunidad” sino que opinaba: “En tanto que aspiremos a proteger la libertad del ciudadano particular frente a la arbitrariedad ilimitada del poder estatal, en tanto nos vinculemos a la frase *nullum crimen, nulla poena sine lege*, así mantendrá también su alta significación política el arte estricto de una interpretación de la ley que opera conforme a principios científicos”. Desde esta base — continúa Roxin aunque sin aceptar las consecuencias— la misión del trabajo sistemático en Derecho penal debe ser *ajena e incluso contraria a toda finalidad político criminal*.⁵

Tenemos pendiente una reorganización de los saberes alrededor del sistema penal. En gran medida la idea de “ciencia penal integrada”, “enciclopedia de las ciencias penales” o la idea de “ciencia principal y ciencia auxiliar” todas tributarias de una mirada unitaria ha dificultado el desarrollo claro de las distintas disciplinas, como saberes prácticos al servicio de finalidades específicas y diferenciadas. Ello ocurre, incluso, en el derecho penal, que hoy oculta tras un desarrollo escolástico desmesurado, graves problemas teóricos y políticos en su base. En el caso del derecho procesal penal la situación es similar, salvo que él ha renunciado a un aparato conceptual más complejo para ganar en su inserción cotidiana en la práctica burocrática, provocando distorsiones político-criminales y en el sistema de garantías más profundas que las que produce el derecho penal.

Pero no se trata sólo de discusiones metodológicas por más que ellas sean de gran importancia. La constitución del análisis político-criminal nos permite clarificar puntos de crucial importancia para la política criminal en general y para el proceso penal en particular. En primer lugar, una reflexión real sobre la eficacia nos abre una nueva dimensión a la cuestión de la legitimidad del poder penal. El está sometido a una doble condición de legitimidad: una la que ya conocemos, vinculada al cumplimiento de todos

⁵ Roxin, Claus: *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*; traducción de Francisco Muñoz Conde, Ed Bosch, Barcelona, 1972, págs.16 y 17.

los límites previstos en el sistema de garantías; la otra, vinculada a *las condiciones reales de la eficacia*. Es decir, condiciones de legitimidad que surgen de la propia política criminal. Estas condiciones son a su vez de dos tipos. Por un lado, la defensa real del interés de las víctimas, con toda la complejidad que esto puede llegar a tener (por los intereses contrapuestos de los diversos niveles de víctimas involucrados en cada delito) y la política criminal no puede ser un ejercicio inútil de violencia ni fundarse en meras suposiciones o fantasías (como hace en gran medida el derecho penal al proponer como criterio de fundamentación la idea de prevención general). Las finalidades político-criminales, como ocurre en toda política pública, a consecuencia del carácter instrumental del Estado, deben alcanzar objetivos sociales tangibles para ser legítimas. Por otro lado, la política criminal, como política de un Estado Republicano, democrático y sometido al Estado de Derecho, debe usar de la violencia lo menos posible. El principio de mínima intervención rige toda la política criminal en un Estado de tales características, diametralmente opuesto al Estado de Policía, que se funda en el ejercicio de la violencia.

Este principio se comprende mucho mejor cuando integramos a la política criminal dentro del marco de las políticas de gestión de la conflictividad —de las cuales ella es sólo un segmento y no precisamente el segmento de mayor capacidad de resolver la conflictividad—. Es necesario abandonar, de una vez por todas, la idea de que el derecho penal y el proceso penal operan en un vacío y pueden darse el lujo de ser autistas respecto a las otras formas de intervención en los conflictos. Tampoco es cierto que el derecho penal se enfrenta a la conflictividad de un modo directo; al contrario, siempre está mediado por esas otras formas de intervención y es dependiente de su éxito o su fracaso. Esta es otra manifestación del carácter subsidiario que tiene la política criminal y que en los últimos tiempos ha perdido fuerza frente a quienes pretenden poner al poder penal en el centro de las regulaciones sociales sobre la conflictividad.

En definitiva, las evidentes funciones político-criminales que se canalizan a través del proceso penal, la necesidad de realizar una reflexión mucho más rica sobre las condiciones de su eficacia, la necesidad de construir un saber específico para la consecución práctica de esas finalidades y, finalmente también la necesidad de depurar al actual derecho procesal penal de la dualidad que le impregna la asunción de finalidades duales y contradictorias. Es posible, en consecuencia, la apertura de una nueva mirada político-criminal sobre el proceso penal, que permita tomarnos en serio su eficacia y extender las exigencias democráticas también a esa dimensión.

II. POLÍTICA CRIMINAL Y CONTEXTO SOCIAL

Señalar que toda política pública se da en un determinado contexto social es una obviedad. Sin embargo, para el caso específico de la política criminal sigue siendo una afirmación necesaria ya que ella fluctúa entre una falsa autonomía o una referencia genérica al entorno social. O los problemas político-criminales surgen de necesidades internas (muchas veces, por una desviación escolástica tales como las necesidades intrasistemáticas del derecho penal) o por simple lucha de doctrinas, o se busca referenciarla con problemas sociales tales como la pobreza, la exclusión, etc. que sin duda por su radicalidad siempre tendrán algo que ver con ella, pero cuya referencia siempre estará mediada por otros fenómenos sociales. Llama la atención, sin embargo, la poca atención que se le presta a las diversas formas de conflictividad que forman el contexto más cercano a la política criminal, tanto en sus manifestaciones como en las formas de intervención, es decir, en la realidad de las políticas más cercanas. En el análisis de cualquier política subyace siempre una visión de la sociedad. Esta visión no debe ser vivida como un prejuicio, sino como uno de los requisitos de toda comprensión de los fenómenos sociales, ya que el mismo sujeto que formule ese conocimiento será parte, lo quiera o no, del proceso social que busca comprender. Esta irremediable inmersión

en el proceso social hace que siempre tengamos una visión de él, más o menos consciente. Pero el análisis debe superar este nivel de comprensión del sentido común para formular con claridad los supuestos de esa visión y de esa manera *facilitar el debate público*. En especial porque en todo momento debemos evitar la tendencia a que el análisis, por más riguroso que sea, reemplace aquello que es propio de las decisiones democráticas. Muchas decisiones político-criminales, como veremos, no son comprensibles en su magnitud o en su eficacia sin conocer los presupuestos de la visión social de la que se parte.

La sociedad o, mejor dicho, el proceso social (ya que no existe nada estático que pueda recibir el nombre de “sociedad”) es un proceso imbricado de conflictos y de acuerdos de cooperación. Es inimaginable una sociedad sin conflictos. Esta frase parece obvia —y lo es en cierto plano—, pero si analizamos las distintas posiciones que la teoría social y política ha tomado alrededor del conflicto, deja de ser tan obvia. Ha sido bastante usual la consideración del conflicto como una *realidad transitoria* de la sociedad y ello ha empujado no sólo a las valoraciones negativas sobre la conflictividad sino a la creencia de que era posible pensar teorías que presupusieran una sociedad sin conflictos. La fuerte presencia histórica del pensamiento utópico, aunque sea como técnica literaria es una muestra de ello, tal como nos ha señalado Dahrendorf⁶. Partir de una visión *conflictivista* de la sociedad significa, antes que nada, repudiar una visión de la sociedad fundada en la idea de “orden”. Ello no significa que ambas visiones estén en el mismo plano, ya que la idea de orden es siempre un constructo, en cambio la constatación de la existencia de conflictos puede ser sostenida como una evidencia empírica con mucho menor contenido de construcción si nos atenemos a la mera constatación. Fundar una política criminal sobre una u otra visión es determinante. “La posibilidad de que ambas visiones de la sociedad sean, de hecho, muy compatibles es menos que remota”⁷. Sostener una visión conflictivista de la sociedad en este plano no implica asumir ninguna idea sobre el modo como se resuelven esos conflictos, ni acerca de las dificultades en la construcción de consensos o las reglas de dominación entre grupos. Sólo importa señalar la realidad inocultable del conflicto en el proceso social y el rechazo a todo prejuicio sobre el valor del conflicto en sí mismo, como si fuera un elemento negativo, frente al carácter benévolo del orden social. Es impensable una sociedad sin conflictos, es casi una contradicción lógica porque es impensable un proceso social sin cambio, movimiento y ello implica consensos y rupturas de consenso, pluralidad de intereses, deseos y demandas insatisfechas, realizaciones y frustraciones; en fin, todo el material de la naturaleza humana del cual se nutre la idea del conflicto. “La vida social es el resultado de una interacción constante de intereses, y el interés es el elemento básico de la conducta social del hombre. El conflicto de intereses domina la vida social (...) La contienda entre los diversos sectores conduce al cambio, que es universal y permanente.

La toma de conciencia del plano de la conflictividad al que se enfrenta la política criminal es doblemente importante para la consideración político-criminal del proceso penal ya que por razones históricas a él le ha costado asumir la base conflictual de la que parte. En la tradición inquisitorial —una de las manifestaciones más eminentes del derecho penal infraccional— lo que existe es orden y ruptura del orden, nunca conflicto en el sentido que hemos utilizado en los párrafos anteriores. Por otra parte, las políticas de intervención en los conflictos son políticas delicadas, ya que se está tocando el elemento dinámico de la sociedad, allí donde se cuecen los valores del futuro. La historia del proceso penal está plagada de ejemplos de la

⁶ Dahrendorf, Ralf: *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial* (1957), *Ensayos sobre teoría de la sociedad* (1968), *El moderno conflicto social* (1988), entre otros. Es considerado uno de los autores principales de la moderna teoría del conflicto.

⁷ Giner, Salvador, *El progreso de la conciencia sociológica*. Barcelona, Península, (1974), págs. 176, 199.

utilización del derecho penal para retrasar cambios inevitables, con gran costo para la vida social. De todas las políticas que tiene un Estado, aquella que implica ejercer violencia en la dimensión de los conflictos, debería ser la más precisa, la más pensada, aquella que se diseña sobre un conocimiento claro y exhaustivo de la realidad social, la más cuidada y debatida; es decir, todo lo que hoy no hacemos con la política criminal y genera su crónica falta de efectividad.

Mucho más importante es esta reflexión en el contexto actual latinoamericano y en el desarrollo de las ideas democráticas en nuestra región. En primer lugar, debemos comprender que las condiciones de vida de nuestro continente —el más inequitativo del planeta— hace que sea una fortuna que tengamos sociedades conflictivas, que no aceptan sumisas esas condiciones de vida. Quizás ahora esta frase suene exagerada o demagógica, pero estoy convencido que en unos años veremos esa conflictividad con otra mirada, convencidos de que allí se están gestando nuevos valores de igualdad y solidaridad que serán finalmente asumidos como pilares insoslayables de la sociedad. O acaso, cuando hoy miramos la conflictividad de las primeras décadas del siglo XIX no la asociamos a la asunción —sin duda difícil, dolorosa, esforzada— de valores sobre la libertad y la igualdad que hoy nos parecen insoslayables, entre otros los fundantes de la misma idea democrática. América Latina no tiene otro horizonte que el de una sociedad altamente conflictiva, y eso no nos debe llevar a una mirada ni escéptica ni negativa sobre ese fenómeno. Todo lo contrario. Sin embargo, algo muy distinto es la capacidad que tengan nuestros Estados para manejar esa conflictividad sin caer en el autoritarismo, en la sociedad violenta o en formas de abuso de poder, tanto del mismo Estado o de distintos grupos sociales.

En ese sentido, desde la realidad del proceso penal se han hecho muchos esfuerzos en los últimos años para adecuar sus reglas y estructura a condiciones mínimas provenientes de la idea republicana y del propio Estado de Derecho (oralidad, división de funciones entre jueces y fiscales, publicidad, defensa, etc.) y el proceso de reforma de la justicia penal en nuestra región ha sido rico en reflexiones técnicas y políticas sobre los vínculos entre las primeras etapas de la nueva democracia en América Latina y la administración de justicia penal. Pero hoy ya todo ello es insuficiente. Las demandas de la sociedad sobre el sistema democrático son hoy mayores. Existen demandas sobre una mayor eficacia en garantizar una convivencia pacífica (no todas dirigidas a la justicia penal, como suele creerse, en una interpretación sesgada de las demandas sociales), demandas en el sentido de acabar con los tradicionales bolsones de impunidad (delitos de los poderosos, corrupción, criminalidad económica, delitos de lesa humanidad, etc.), demandas en una mayor sensibilidad respecto de las necesidades de las víctimas, tan olvidadas como los derechos del imputado (y no es cierto que esos derechos sean olvidados por respetar el sistema de garantías, sino que son olvidadas por la prevalencia de intereses corporativos y burocráticos en la justicia penal). En fin, por fortuna, el proceso penal está hoy sometido a nuevas y exigentes demandas. Por desgracia, no estamos respondiendo con la profundidad y celeridad que requiere la sociedad en el diseño de nuevas y eficaces políticas de persecución penal; al contrario, nos hemos dejado ganar de mano por el nuevo populismo penal, que oculta los problemas, distorsiona la demanda social y mantiene a nuestros sistemas en un nivel de ineficacia útil para interés sectoriales.

III. POPULISMO, RETORICA E INFLACION PENAL

Cualquier análisis elemental del funcionamiento del sistema penal puede demostrar sus grandes niveles de ineficacia. Esto en cualquiera de sus niveles. Si tomamos el sector de los delitos no tradicionales, esa ineficacia llega a niveles tan altos que puede ser calificada de absoluta. Criminalidad económica, delitos de los pode-

rosos, corrupción, economía ilegal, delitos contra el medio ambiente, etc. En el plano de la criminalidad tradicional, también presenta grandes niveles de ineficacia y el descontrol general sobre los problemas de criminalidad urbana es solo una señal. Es más, esos niveles de ineficacia serían mucho más grandes si se respetaran derechos mínimos, ya que gran parte de la eficacia se consigue todavía gracias al uso distorsionado de la prisión preventiva.

Sin embargo —y esto no deja de ser altamente llamativo— se sigue apelando a la “solución penal” para responder a los problemas más variados, ya sean importantes, populares o simplemente menores. Esto ha provocado el fenómeno conocido como “inflación penal”. Este fenómeno de ampliación de la cantidad de las leyes penales, de pérdida de orientación de la legislación penal y de pérdida también de su capacidad comunicativa es complejo y no resiste una sólo explicación. En primer lugar, el recurrir a la amenazas del uso de la violencia es una figura retórica que esconde la poca predisposición de tomarse en serio la solución de un problema. Muchas cuestiones que perfectamente se pueden solucionar con otro mecanismo de intervención en conflictos si esos mecanismos son solucionados o perfeccionados, se las hace ingresar al sistema penal para evitar tener que afrontar la tarea de crear o perfeccionar esos mecanismos. Hoy, en consecuencia, una de las formas de mantener al sistema penal en un estado de ineficacia es, justamente, la inflación penal. Para muchos sectores políticos es, por otra parte, una forma sencilla de demagogia política; reemplaza la responsabilidad y capacidad de buscar solución con el golpe airado sobre la mesa que promete castigar y encarcelar a todo el mundo, aunque a los pocos meses uno pueda demostrar que nada de eso ha ocurrido y ni siquiera se han tomado las medidas más elementales para poner en marcha el programa punitivo. Atrás de esto se encuentran conductas muy profundas del presente, es lo que llamamos las “industrias del miedo”.

A partir del hito que ha significado el libro de Nils Christie⁸ que mostró la influencia del mercado carcelario en la presión punitiva, ya no podemos tener una mirada ingenua sobre todos estos fenómenos de la inflación penal. Otros mercados se han sumado al mercado carcelario. En primer lugar el mercado de la seguridad privada, uno de los más dinámicos de la región y en continua expansión. Este mercado, tal como hoy está estructurado se nutre de la inseguridad objetiva y del miedo. Su negocio es la inseguridad real, la sensación de inseguridad y la ineficacia de las políticas públicas de seguridad (de donde recluta, por otra parte, a sus principales actores, sean dueños de las empresas o simples agentes y empleados). Existe otro mercado que proviene del espectáculo del miedo, que hace el nuevo amarillismo masivo, que nos aterra con sucesos reales o con la edición repetitiva de hechos ocurridos a veces a miles de kilómetros. Y existe finalmente, una industria política, que hace que muchos dirigentes prometan “mano dura” como una forma de lucrar con el miedo de la gente, evadir las relaciones de representación —tan poco respetadas por los dirigentes políticos de esta época— para establecer relaciones de protección o “señorío” tan propias del caudillismo o del viejo fascismo.

Lo dicho hasta ahora no niega que existan situaciones de mayor violencia, en especial en las grandes urbes, causadas por una trama compleja de variables económicas, demográficas, familiares y morales, que conforman una nueva cultura de la violencia en nuestras ciudades. Pero es justamente la complejidad de esa trama lo que obligaría a no caer en el rápido expediente de la amenaza violenta, además cuando se sabe que es ineficaz. Como hemos dicho el desarrollo de las nuevas políticas de gestión de la conflictividad en democracia deben ser las que respondan a esa realidad. Por ello el problema no está en la queja ciudadana, en la demanda de seguridad, en el repudio a la cultura de la violencia. Todo ello constituye demandas legítimas de una sociedad que

⁸ Christie, Nils, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, Buenos Aires, del Puerto, 1993.

no tiene la obligación de diseñar las soluciones adecuadas. Esa obligación le compete a los sectores dirigenciales, de todo tipo, y son precisamente esos sectores dirigenciales los que hoy no atinan a diseñar soluciones inteligentes y profundas para un problema de tal magnitud. Les es más sencillo apelar a soluciones populistas, engañar con una falsa energía que esconde la pasividad, asustar más a quien ya está asustado y mantener al sistema penal desahogado, fuera de cauce, girando en falso y, de ese modo, garantizar también los grandes bolsones de impunidad. La ineficacia del sistema penal se ha convertido en un gran negocio.

La dogmática penal también tiene su parte de responsabilidad en este problema. Es bastante usual ver coexistir las quejas de la dogmática penal ante la inflación penal con una casi inmediata preocupación por los problemas más nimios, con la creación de una agenda de problemas artificial y muchas veces impuesta por las modas intelectuales antes que por el responsable análisis de los problemas sociales. Una dogmática penal impregnada de un nuevo moralismo, escondido en jerga sociológica o política superficial, pero sobretodo, una dogmática penal que esconde modelos político-criminales, que los encubre en soluciones aparentemente técnicas o de sistema y que bajo el pretexto de desarrollar el equilibrio entre las tensiones político-criminales y la defensa de las libertades, en realidad lo fabrica y lo renueva desde posiciones políticas sin control y sin competencia.

En definitiva, la nueva retórica del populismo penal se expande por su gran capacidad de prestar servicios a los negocios y mercados que subyacen al sistema penal, permite prosperar a una dirigencia irresponsable o incapaz de diseñar verdaderas soluciones, permite crecer hasta el hartazgo a una dogmática penal escolástica, que no toma el guante de las grandes interpelaciones sociales y las desdén como asuntos menores, “irrelevantes” en términos científicos y, posiblemente, lo que sea más grave, permite mantener amedrentados a los ciudadanos, rompiendo las exigencias que esos mismos ciudadanos podrían hacer a sus dirigentes, frente a los gravísimos problemas que debemos enfrentar para organizar la sociedad, la economía y el Estado bajo parámetros verdaderamente republicanos, democráticos y sometidos al Estado de Derecho.

Como ya hemos dicho, la ineficacia del sistema penal no es un “hecho”, es un gran negocio, una construcción social compleja. Quienes quieran ocuparse realmente por revertir esa situación de ineficacia deben repudiar clara y rotundamente, el populismo irresponsable de la retórica de la mano dura cuya mayor fuerza consiste en presentarse como parte del sentido común, cuando, en realidad, es la visión ideológica de los sectores que lucran con la situación de inseguridad.

IV. PROCESO PENAL Y POLITICA CRIMINAL. CINCO GRANDES TAREAS

Pensar democráticamente en la eficacia del proceso penal presenta un desafío a un pensamiento democrático que en este tema asume rápidamente las formas y los métodos del pensamiento autoritario. Pensar en la eficacia del proceso penal significa, por una parte, pensar en la persecución penal, como actividad organizada del Estado para acabar con la impunidad, es decir, para volver real el programa punitivo y, por la otra, poner a disposición de las víctimas los instrumentos necesarios para que ellas sean gestoras eficientes de sus propios intereses. Nada de eso significa —ni debe significar— un debilitamiento del sistema de garantías. No lo significa —porque los problemas de eficacia nada tienen que ver en la práctica con el sistema de garantías— y no debe significar, ya que en un Estado sometido al Estado de derecho el respeto a esos límites es una condición esencial de la legitimidad del poder penal.

En la situación actual de ineficacia del proceso penal existen cinco tareas que se presentan como urgentes y que deben ser destacadas en una visión político-criminal del proceso penal:

1. Construir una visión estratégica de la persecución penal

Desde el punto de vista de los intereses personales de la víctima el proceso penal se enfrenta a un caso, a un conflicto individual en el que una o varias personas están inmersas y que extiende sus efectos a un círculo restringido de personas. Desde el punto de vista de la persecución estatal, el proceso penal se enfrenta a un caso, en tanto expresión de una regularidad social. Es discutible si puede existir una intervención estatal más extensa si no está en juego una regularidad social respecto de la cual existe un interés social en que disminuya o desaparezca, es decir, lo que en términos técnicos llamamos *control de la criminalidad*.

Ello no significa que el Estado no deba prestar auxilio a las víctimas en otros casos, pero el fundamento de su intervención en ese caso (acción pública) es totalmente distinto al que tiene la participación estatal frente a regularidades sociales (otras formas de acción pública, ya que ella, si es que constituye un concepto que se deba mantener, tiene diversas formas y fundamentos).

Los fenómenos criminales más comunes (y respecto a los que algo se puede hacer) responden a estructuras reconocibles. Por ejemplo, muchas de ellas responden a estructuras de mercado, tales como el robo de vehículos, robos e mercaderías, incluso la pequeña rapiña, robo de ganado, hasta llegar a los mercados más complejos, tales como el mercado ilegal de capitales, el mercado de personas, etc. Una parte importante de las agresiones responde también a patrones sociales, tales como la violencia doméstica, las reyertas entre pandillas juveniles, la violencia en los espectáculos. Las formas de resistencia política que utiliza la violencia ilegal también responden a regularidades. En fin, gran parte del fenómeno de la criminalidad responde a patrones comunes, a formas sociales a acciones colectivas estructuradas. La persecución penal, sin embargo, de un modo casi exclusivo se sigue organizando bajo la lógica del caso a caso. Es cierto, que el sistema de garantías, como es correcto se debe preocupar de cada caso, pero desde el punto de vista de la persecución penal estatal el caso debe ser visto como parte de una regularidad social. La finalidad de control de la criminalidad se vuelve tangible, frente a la metafísica de la prevención general.

Un ejemplo simple nos puede aclarar la idea. El caso del robo de vehículos es un caso paradigmático. Se trata de un tipo de criminalidad común, que preocupa al conjunto de la sociedad y genera altos costos sociales. Prácticamente es impensable considerar al robo de vehículos por fuera de la estructura del mercado de vehículos robados. O se roban para vender ciertos vehículos más costosos —normalmente en otros lugares distintos al del robo, lo que implica una logística de traslado— o para desarmarlos y vender las piezas separadas como repuestos. Todo esto responde a una lógica económica de ganancias y se organiza como cualquier mercado, con proveedores de distintos niveles, acopiadores, distribuidores, vendedores y compradores. Un fiscal que pretenda tener éxito persiguiendo caso por caso, por fuera de esta lógica del mercado, seguramente no tendrá ningún éxito en términos de control de la criminalidad e, inclusive, desde esa perspectiva puede inclusive agravar los problemas, como ocurre cuando se provoca la participación de ladrones cada vez más jóvenes y menos adiestrados lo que aumenta la violencia. Desde el punto de vista de la sociedad no hay ganancia en esa persecución penal.

Frente a la persecución penal estatal organizada de un modo ciego caso por caso, pretendemos construir una persecución penal estratégica (PPE) que integre la acción del ministerio público con otras acciones en distintos niveles y esté guiada por la consecución de un objetivo claro de control de la criminalidad. ¿Qué sentido tiene perseguir cada robo de vehículo en particular si nada se hace con los acopiadores, intermediadores y vendedores de los otros segmentos del mercado?

Una visión político criminal del proceso penal nos empuja hacia una visión estratégica de la persecución penal. Los nuevos códigos procesales que han surgido del

movimiento de reforma de la justicia penal de las últimas dos décadas han legislado métodos e instituciones que sólo tienen sentido cuando están vinculadas a la PPE, tales como las formas de reconocimiento del colaboracionismo, el principio de oportunidad, las formas especiales para procedimiento complejo, etc. En general todas estas instituciones o están siendo subutilizadas o utilizadas en el marco de un caso particular, sin visión estratégica lo que distorsiona la legitimidad de esas medidas o las vuelve propicias para el abuso o la arbitrariedad.

2. Modernizar el sistema de investigación de los delitos

Pero así como es insoslayable para un adecuado cumplimiento de los fines político-criminales del proceso, organizar la persecución penal bajo un paradigma distinto, es impensable que la persecución penal cumpla sus finalidades sin el apoyo de un sistema eficiente y moderno de investigación de los delitos. Aquí nos encontramos con otra de las grandes tareas político-criminales del proceso penal. Es cierto que el sistema de investigación de los delitos es algo mucho más extenso y más complejo que el propio proceso penal; pero también es cierto que no es posible construir un sistema de investigación moderno y eficiente por fuera de las exigencias, demandas, controles y resultados del proceso penal, que es quien recibe, proceso y da validez a los resultados de una investigación.

Las tareas necesarias para modernizar el sistema de investigación son varias y extensas. En primer lugar hay que asumir la idea misma de "sistema de investigación". El uso ágil, coherente y rápido de toda la información disponible en la vida social requiere metodologías de captación de la información, nuevas, extendidas, creativas, flexibles y acumulativas. Esto está muy lejos de la actual situación en la que fiscales y policías ni siquiera logran acceder de un modo eficiente, rápido y productivo a la información que produce el mismo Estado. La profunda burocratización del Estado que actúa por sectores estancos hace que él mismo sea una caja negra para las investigaciones o la información se deba lograr con esfuerzos totalmente desmedidos que terminan agotando a los buenos investigadores, abrumando a los inexpertos y dando las mejores excusas a los mediocres, corruptos o burócratas que solo tienen interés, en el mejor de los casos, de mover los expedientes para no tener problemas.

Las deficiencias en el *uso de la información disponible* se acrecientan cuando se trata de construir nueva información. Si la persecución penal se enfrenta a regularidades, es evidente que ellas producen mucha información justamente sobre sus elementos constantes. En la gran mayoría de los países de la región los mecanismos para obtener, sistematizar, actualizar y analizar la información específica sobre la gran mayoría de los fenómenos criminales se encuentra en pañales. Las direcciones de inteligencia policial o no existen, o son recientes o se encuentran deficientemente organizadas. Vemos pues, que la primera tarea de todo sistema moderno de investigación de los delitos, que es tener información actualizada, sin la cual una PPE es difícil de construir se encuentra todavía en ciernes.

Otro elemento central de un sistema de investigación de los delitos es la cooperación entre los distintos tipos de policías y entre estas y otros agentes del Estado que llevan adelante investigaciones. Agentes aduaneros, de migraciones, de las oficinas de impuestos, de control financiero o bancario, de monopolios, de registros inmobiliarios, en fin, diversas clases de agentes e inspectores que producen información, llevan adelante investigaciones y que no tienen ningún tipo de cooperación o ella se logra esporádicamente o a costos y esfuerzos muy elevados. No sólo en la criminalidad no tradicional esto es un golpe mortal a la eficacia sino que aún en muchos casos de criminalidad común, afecta de un modo determinante la contribución que el proceso penal pueda hacer al control de la criminalidad.

A ello debemos agregarle que la carencia de verdaderas policías de investigaciones autónomas en la mayoría de nuestros países, o modelos de policías de investigaciones burocratizados por su cercanía con las reglas judiciales, hacen que el propio trabajo de la policía no responda a las exigencias de una verdadera investigación. El apresuramiento, una vocación por registrar antes que investigar, la falta de capacidad para llevar investigaciones de largo plazo, las inestabilidad y falta de preparación de los investigadores y otros problemas de organización, métodos y recursos, hacen que la eficacia de la investigación policial tenga mermas importantes. Finalmente el tema de la falta de coordinación y cooperación entre policías y fiscales es ya un clásico, respecto del cual se expresan todas las intenciones, pero se avanza poco. En gran medida la falta de claridad acerca de cómo organizar el trabajo del Ministerio Público y la burocratización de la propia tarea de la policía hacen que no existan canales organizacionales, culturales y de método para un trabajo mancomunado, que es mucho más que cooperación y coordinación.

3. Evitar la sobrecarga endémica

Cuando tenemos una visión de la política criminal, vinculada a las restantes política de gestión de la conflictividad surge evidente, como ya hemos visto, lo que llamamos crisis externa al sistema penal, es decir, como la debilidad, ausencia o ineficacia de los restantes mecanismos de intervención de la conflictividad produce un efecto de congestión endémica de la justicia penal. No funciona el juicio ejecutivo, penalizamos el cheque, no funcionan los juicios ordinarios, entonces convertimos los incumplimientos de contrato en delitos, no funcionan los mecanismos de mediación entonces usamos al proceso penal como forma de extorsión o negociación indirecta. El proceso de reforma de la justicia penal fue bien consciente de este problema y la gran mayoría de los códigos nuevos tienen incorporados los mecanismos procesales para el diseño de políticas amplias de diversificación, que permitan responder de un modo creativo al problema de la sobrecarga endémica.

Los procedimientos abreviados, simplificados, especiales, las formas conciliatorias, la suspensión del proceso a prueba, la reparación directa, en fin, un conjunto de mecanismos procesales aptos para canalizar una respuesta diversificada a la multiplicidad de casos que no requieren una respuesta penal o para cuando ella es muy costosa o poco eficaz.

Pero el solo hecho de contar con mecanismos procesales no alcanza para construir una política de diversificación que esté a la altura de la gravedad del problema. Es necesario que las instituciones encargadas, en particular el ministerio público, pero también en su porción de injerencia la propia judicatura, asuman una política completa de impulso en el uso coherente de estos mecanismos. Muchos textos procesales han incluido figuras tales como la suspensión del proceso a prueba que permite aplicar todo un abanico de medidas sustitutivas de la prisión. Empero, es inusual que esas medidas se apliquen con un sentido claro de su finalidad o se realicen programas para que tengan efectividad o exista algún tipo de seguimiento. Lo que debería ser una forma de construir mensajes sociales de responsabilidad con mucho menor contenido de violencia se convierten en medidas administrativas sin seguimiento o en formas de punición indirecta para evadir el rigor probatorio o puros trámites sin mayor reflexión.

Se podría decir con justicia que las políticas de diversificación no son estrictamente medidas político-criminales sino, precisamente, una forma de evitar medidas de esa índole, por otras con muy bajo o nulo contenido de violencia. Sin embargo, dada la crisis externa que opera sobre el sistema penal y dado las profundas distorsiones político-criminales que produce la sobrecarga endémica sobre la justicia penal, una amplia política de diversificación es actualmente una condición esencial para el desarrollo de una

política criminal reducida, precisa, que minimice los costos sociales de su uso y busque alcanzar algunos, por lo menos, de los objetivos que se le asignan.

4. Utilizar todos los recursos sociales

La impunidad es una preocupación social. La historia reciente de nuestros países muestra que es mucho más una preocupación de ciertos sectores sociales que de los funcionarios estatales. Ellos se acostumbran a convivir con situaciones de ineficacia casi absoluta, sin entrar ni generar ninguna crisis. Esto ocurre, como ya hemos dicho, en áreas centrales como las violaciones a los derechos humanos, los delitos económicos, la corrupción, los delitos medioambientales, etc. En ellos suelen ser organizaciones, vecinos, etc. quienes hacen avanzar, aunque sea un poco, los graves y complejos casos.

También el diseño de los nuevos sistemas procesales ha incorporado nuevas herramientas de este tipo. Sin embargo, ya sea porque todavía la sociedad no tiene la capacidad para utilizar estos específicos mecanismos procesales (acciones colectivas, nuevas acciones populares, querellantes institucionales, etc. y, en particular, porque los fiscales u otros sectores del Estado (organismos de control, etc.) no diseñan políticas específicas de colaboración ni de utilización de las capacidades instaladas de estos sectores sociales. Al contrario, suelen entrar prontamente en conflicto con ellos, aunque —por lo menos en abstracto— defiendan los mismos intereses, o los desplazan, desalientan o directamente atacan. Esto genera que mucha de la energía social de lucha contra la impunidad no tenga donde canalizarse y menos aún sea usada por las instituciones encargadas de llevar adelante la persecución penal para lograr que exista mayor eficacia.

5. Una víctima con derechos. Al rescate de la acción

Finalmente, el objetivo de toda política criminal es procurar la tutela de derechos de las víctimas. Víctimas individuales y víctimas colectivas, con todas las categorías que existen entre el individuo y la sociedad como un colectivo de personas y no como una abstracción. También los nuevos sistemas procesales penales han dado un salto importante en el reconocimiento de esta finalidad y de los derechos de las víctimas. Sin embargo la práctica de los sistemas todavía está muy atrasada en este campo y la vieja idea de que la víctima era un sujeto que debía ser desplazado para “racionalizar” el ejercicio del poder penal sigue teniendo fuerza, por mas que uno muestre con creces que el modo de ejercicio funcional de los propios funcionarios dista de ser racional y que la introducción de los intereses concretos de las víctimas produce en muchos casos un desplazamiento sano de los intereses burocráticos.

La mayor distancia en el reconocimiento de los derechos de las víctimas se observa en la práctica de los fiscales, pero también en los modelos de organización del Ministerio Público, en las estrategias de los casos y en la poca capacidad de diálogo entre querellantes públicos y privados, quienes no sólo se observan como enemigos sino que suelen actuar como tales durante el desarrollo del proceso con grave perjuicio para la tutela de los intereses que unos y otros dicen proteger.

La vieja idea de la acción pública como un atributo esencial del Estado, que preserva la vigencia de las leyes penales por fuera y con prescindencia del compromiso de los afectados, no sólo no responde a la configuración histórica de esa facultad y de ese concepto, sino que cada vez se muestra más alejada del funcionamiento real de los sistemas procesales. No se trata de volver a discutir toda la teoría de la acción sino de poner en evidencia, conforme a las necesidades actuales, sus verdaderos fundamentos, siempre ligados a los intereses de personas de carne y hueso, sean estas una, algunos, muchos o todos.

V. CONCLUSIONES: MINIMA INTERVENCION. MAXIMA PRECISION Y EFICACIA. EL CONCEPTO DE EFICACIA NO VIOLENTA

Sin duda en el proceso penal se expresan de un modo eminente los mecanismos de preservación de las libertades públicas y ello constituye una de sus principales preocupaciones. Mucho ganaría el derecho procesal penal —como disciplina— si se ocupara sólo de esta perspectiva. Hemos visto, por otra parte, que las normas procesales penales son también instrumentos político-criminales. Pero como tales instrumentos están al servicio de una política pública que excede su expresión normativa. El Análisis Político-Criminal nos sirve para clarificar y dotar de eficacia esa función instrumental, saliendo de los estrechos márgenes de la dimensión normativa, por más que la integremos adecuadamente.

Pensar la eficacia de la política criminal es un problema de mayor entidad, porque se trata de una política que usa instrumentos de gran riesgo, tal como es la violencia y la restricción de la libertad. Una política de esas características no puede darle el lujo de ser ineficaz; en ese caso, carecería de toda legitimidad. El poder penal está sometido a una doble exigencia de legitimidad. Una proviene del sistema de garantías; la otra proviene de su eficacia político-criminal.

En un sistema democrático la política criminal forma parte integrada de todo el sistema institucional de gestión de conflictos. De su propia naturaleza violenta y de las dificultades de cumplir objetivos de pacificación mediante el uso (por más que sea legítimo) de la violencia, surge el principio de mínima intervención, que no sólo significa poca política criminal, sino precisa, adecuada, sometida a un fuerte estándar de efectividad. Caso contrario, es ilegítimo inyectar violencia de la sociedad.

Por tal razón debemos ahondar la reflexión y análisis de las condiciones de esa efectividad. De allí surgen evidentes tareas para el proceso penal, que implican superar la visión burocrática, la centralidad del trámite, el juego ambiguo entre la lógica del caso y las necesidades sociales generales, que le permite, según le convenga, instalarse en la visión interna del caso o en la visión externa de las necesidades de la sociedad. La precisión y utilidad que reclama la política criminal requiere un tipo de aparato conceptual al servicio de esas exigencias que hoy todavía no tenemos. Constituye una de las tareas más importantes del presente, construir el método que nos permita diseñar, ejecutar y controlar la política criminal, dentro del conjunto valorativo del sistema democrático sometido al Estado de Derecho, con mayor rigor, menor contenido emocional y un amplio debate público. Eficacia no significa aumentar el contenido violento del poder punitivo, sino todo lo contrario. Eficacia significa tener la capacidad de contribuir al control de la criminalidad con el menor contenido de violencia posible. Eso constituye el núcleo de las exigencias político-criminales al proceso penal de nuestro tiempo y una de sus tareas más urgentes.

Representación y responsabilidad política*

Carlo F. FERRAJOLI

I. INTRODUCCION

La definición de la noción de responsabilidad política es muy problemática y controvertida. Las mayores dificultades provienen de la aparente heterogeneidad de las relaciones de derecho constitucional que pueden concebirse en términos de responsabilidad política, de la extrema variedad de los sujetos políticos que suele considerarse políticamente responsables, y del hecho de que en la mayoría de los casos la responsabilidad política no parecería reglada jurídicamente sino sujeta a normas de carácter político. Todo esto ha llevado a la doctrina constitucionalista a dividirse en la interpretación y la reconstrucción del fenómeno. Así, las diferentes posiciones se reflejan en las diversas interpretaciones de las múltiples relaciones que se consideran posibles fuentes de responsabilidad política¹.

Por tales razones, me parece oportuno, sobre todo, dar cuenta de las principales concepciones de la responsabilidad política presentes en la doctrina italiana². En primer lugar examinaré las tesis formuladas a finales de los años sesenta por Giuseppe Ugo Rescigno, que constituyen hoy en Italia la orientación dominante entre los constitucionalistas en materia de responsabilidad política³. Me detendré especialmente en la noción de responsabilidad jurídica utilizada por Rescigno para distinguir y separar radicalmente su significado del de responsabilidad política. En segundo lugar, analizaré las posiciones de los autores que, por el contrario, consideran la responsabilidad política una forma, aunque atípica, de responsabilidad jurídica y cuyas investigaciones se centran en las formas de responsabilidad política en las que es posible identificar un carácter jurídico⁴. Trataré de hacer ver cómo, en contextos de gobierno parlamentario, estas diversas

* Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez.

¹ Hay además ulteriores dificultades y divergencias entre juristas, asociadas a las diferentes concepciones de la responsabilidad política. Según V. Angiolini, *Le braci del diritto costituzionale ed i confini della responsabilità politica*, en "Rivista di diritto costituzionale", 1998, págs. 58-59, dado que "la investigación de la noción de responsabilidad política, como otras similares, más que ser sugerida o guiada por las normas o los hechos, sirve para guiar la interpretación de aquéllas y éstos, está naturalmente expuesta a la ideología, o en todo caso a la pre-comprensión del intérprete". La noción de responsabilidad es, añade Angiolini, una de las que "en una época se habría dicho 'dogmáticas', forjadas por los juristas con relativa autonomía de lo que resulta de los textos jurídicos y constitucionales, para orientar la propia interpretación del derecho. [...] Por éstas sus características intrínsecas, corre el riesgo fácil de convertirse en científicamente incontrolable".

² El tema de la responsabilidad política es también objeto de estudio de la filosofía del derecho y de la filosofía política. A este propósito véase el volumen de R. Orecchia (ed.), *La responsabilità politica. Diritto e tempo. Atti del XIII congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, Pavia-Salice Terme, 28-31 maggio 1981*, Giuffrè, Milano, 1982, con la ponencia introductoria de V. Frosini y U. Scarpelli.

³ Una presentación exhaustiva de esta orientación puede verse en G. U. Rescigno, *La responsabilità politica*, Giuffrè, Milano, 1967. Entre los juristas que han adoptado este planteamiento, bien que con acentos diversos, se hallan, en particular, G. Amato, *L'ispezione politica del Parlamento*, Giuffrè, Milano, 1968; D. Nocilla, *Brevi note in tema di rappresentanza e responsabilità politica*, en la obra colectiva *Scritti in onore di V. Crisafulli*, vol. II, Cedam, Padova, 1985, págs. 563-586; P. Caretti, *Responsabilità politica*, en *Enciclopedia giuridica*, XXVII, Roma, 1990, págs. 11-18.

⁴ Me refiero en particular a los estudios de A. Pace, *Il potere di inchiesta nelle Assemblee legislative*, Milano, 1973, pág. 139, n. 35; G. Pitruzzella, *Responsabilità politica*, en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XII, Utet, Torino, 1997, págs. 289-300, que contienen explícitas referencias críticas a las tesis de Rescigno. También hay que recordar, entre los juristas que han insistido en la "juridicidad" de la responsabilidad política, a S. Romano, *Il diritto pubblico italiano*, Giuffrè, Milano, 1988, pág. 180; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, ¹⁰1991, pág. 585, n. 1.

concepciones se reflejan en la diversa configuración de aquellos instrumentos y momentos por cuyo cauce las asambleas representativas, en el ámbito de su actividad legislativa, podrían hacer valer la responsabilidad política del Gobierno⁵.

A continuación analizaré la relación biunívoca que, a mi juicio, liga la responsabilidad política a la representación política. En efecto, de un lado —como afirman Damiano Nocilla y Livio Paladin— en las modernas democracias constitucionales la representación política logra efectividad por la responsabilidad de los electos y de los gobernantes frente a los representados, hasta el punto de hacer que la existencia de la misma sea considerada el banco de pruebas de la representatividad del sistema político⁶. De otra parte, el fenómeno de la responsabilidad política me parece históricamente ligado al nacimiento del moderno Estado representativo democrático y, por tanto, estrechamente vinculado al problema de la representación política⁷. De aquí la exigencia de establecer qué es la representación política y cuál la naturaleza de la relación que la liga al fenómeno de la responsabilidad política. Así, en este sentido, trataré de verificar si y cómo puede ser útil para la comprensión del asunto, el estudio de los diversos institutos de la representación jurídica y de las correspondientes formas de responsabilidad que la misma genera, análogas, a mi juicio, en muchos aspectos a las de la responsabilidad política.

En fin, trataré de identificar las peculiaridades de la responsabilidad del Gobierno ante las asambleas representativas en las formas del gobierno parlamentario, en relación con las restantes hipotéticas formas de responsabilidad política. Con particular atención al papel que desempeñan los instrumentos que caracterizan la actividad no legislativa del Parlamento, tradicionalmente reconducidos a la función de control político de las Cámaras sobre el ejecutivo.

⁵ V. Angiolini, *Le braci*, cit., pág. 60: "No obstante, para remediar, o bien para atemperar, el carácter opinable de las premisas culturales (o 'ideológicas') en que descansan nociones como la de responsabilidad política se puede probar a invertir el curso tradicionalmente seguido por los juristas: en vez de dar por buena o por descontada cualquier noción de responsabilidad política, y basar sobre ella la interpretación del derecho constitucional, habría que esforzarse en apurar los reflejos aplicativos de las diferentes concepciones de la misma, para verificar, con este metro, cual de todas ellas será la que mejor se adapta al derecho objeto de interpretación".

⁶ D. Nocilla, *Crisi della rappresentanza e partiti politici*, en "Giurisprudenza costituzionale", 1989, II, págs. 527 y ss.; L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, ³1998, págs. 265-269. Por lo que se refiere al constitucionalismo americano el nexo que instituye entre las elecciones y la responsabilidad política de los representantes en relación con el pueblo, hay que recordar el famoso ensayo n^o 57 del *Federalist* en el que se lee que el modo más eficaz para evitar la corrupción de los gobernantes es "limitar los periodos para los cuales se les designa, en tal forma que sean debidamente responsables ante el pueblo" (Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*, trad. de G. R. Velasco, Fondo de cultura Económica, México, ²1957, pág. 242). "La Cámara de Representantes está constituida de manera que sus miembros tengan que recordar a menudo hasta qué grado dependen del pueblo. Antes de que los sentimientos grabados en su mente por el origen de su elevación sean borrados por el ejercicio del poder, tendrán que prever el momento en que desaparecerán esos poderes, en que el ejercicio que hayan hecho de ellos será revisado y en que deberán descender al mismo nivel del cual fueron elevados y permanecer en él para siempre a menos que el fiel cumplimiento de su misión les haya dado derecho a que sea renovada" (*ibidem*, págs. 243-244).

⁷ En este sentido, G. Friedrich, *Governo costituzionale e democrazia* (1941), trad. It. De M. Grego, Neri-Pozza, Venezia, 1959, pág. 430. Según D. Nocilla, *Brevi note in tema di rappresentanza e responsabilità politica*, cit., págs. 566-567, el nexo es plenamente advertible por el hecho de que "cuando desaparece del todo la responsabilidad, como en la monarquía absoluta o en los regímenes totalitarios, queda definitivamente en la sombra la representatividad del sistema en su conjunto, así como, cuando faltan institutos idóneos para asegurar que entre pueblo y algunos órganos se instaure un vínculo de representación, el problema de la responsabilidad no se plantea siquiera, y cuando se hace lo es en un modo radicalmente diverso de como habitualmente lo concebimos". La estricta conexión entre principio representativo y el problema de la definición de la noción de la responsabilidad política ha sido recientemente señalada también en la doctrina española. Al respecto pueden verse los trabajos de M. Sánchez de Dios, *La moción de censura*, Madrid, 1992, pág. 360; B. Manin, *Los principios del Gobierno Representativo*, Madrid, 1998; R. Bustos Gisbert, *La responsabilidad política del Gobierno: ¿realidad o ficción?*, Cólax, Madrid, 2001, págs. 14 y 36-37.

II. LA RESPONSABILIDAD POLITICA NO ES UNA FORMA DE RESPONSABILIDAD JURIDICA. LA TESIS DE G. U. RESCIGNO

Según Ugo Rescigno la responsabilidad política no es una forma de responsabilidad jurídica, sino que, por el contrario, debe distinguirse netamente de ésta⁸. Así, afirma, “el elemento que, prescindiendo de cualquier otro, deja a salvo con certeza la autonomía y la peculiaridad de la responsabilidad política está en el hecho de que ésta se desarrolla por y dentro de la vida política, de la que toma su modo de ser y de producirse, y los criterios de su existencia”⁹. En los sistemas democráticos actuales, añade Rescigno, “vale el principio de que la responsabilidad política se extiende hasta allí donde llega el poder político”¹⁰. De ello se sigue que, en principio, hoy todos los sujetos políticos, en tanto que titulares de poder político, son políticamente responsables. Por el contrario, señala Rescigno, “se es responsable jurídicamente porque una regla conecta a un comportamiento predeterminado consecuencias predeterminadas”¹¹. La responsabilidad jurídica es, pues, a su juicio, la abstracta posibilidad de o la actual sujeción a precisas consecuencias jurídicas negativas, adscritas a un hecho imputable predeterminado por normas. Esta definición pondría de manifiesto la ausencia de las características típicas de la responsabilidad jurídica en la responsabilidad política.

Para explicar su tesis Rescigno toma como ejemplo la responsabilidad política del Gobierno frente a las Cámaras. En ella, dice, “encontramos todos los elementos esenciales de cualquier juicio de responsabilidad en general: a) un hecho imputable (la actividad del Gobierno); b) un juicio sobre este hecho; c) una consecuencia desfavorable asociada a este juicio”¹². Pero en ella faltarían las características típicas de la responsabilidad jurídica, dado que el ejecutivo no resulta juzgado por hechos predeterminados y no sufre consecuencias predeterminadas por el derecho: “cuando el parlamento hace caer a un gobierno, no es porque mida la acción de éste con arreglo a un criterio objetivo predeterminado por el derecho, sino pura y simplemente porque persigue una política diversa de la que él mismo actúa”¹³.

Rescigno distingue dos tipos diversos de responsabilidad política. El primero es la responsabilidad política *institucional-formal*, así llamada porque consiste en una relación política institucionalizada, estable, unitaria y continua, de la que la relación Gobierno-Parlamento sería el principal ejemplo¹⁴. Esta forma de responsabilidad política se caracteriza, dice, por el hecho de estar referida a la relación entre dos sujetos —Parlamento y Gobierno— rigurosamente determinados. Esta relación se articula en una serie de instrumentos y momentos a través de los cuales se hace valer tal responsabilidad, que se resumen en un “poder privilegiado de crítica” y que están coordinados en torno a lo que Rescigno llama el decisivo poder de destitución —la moción de

⁸ G. U. Rescigno, *La responsabilità politica*, cit., págs. 45-64.

⁹ *Ibidem*, pág. 151: “la lucha por el poder político explica por qué la responsabilidad política se expresa en un cierto modo, por qué se hace valer de una determinada manera, por qué lleva a ciertas consecuencias. Elementos exteriores de tales vicisitudes pueden asociar la responsabilidad política a otras formas de responsabilidad: lo que ella es concretamente, en el día a día, lo debe a sí misma, al hecho de ser un momento de la vida política”.

¹⁰ *Responsabilità (diritto costituzionale)*, en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1988, vol. XXXIX, págs. 1349.

¹¹ *La responsabilità politica*, cit., pág. 150.

¹² *Corso di diritto pubblico*, Zanichelli, Bologna, 6^o2001, pág. 423. Una formulación análoga del concepto general de responsabilidad se encuentra en U. Scarpelli, *Riflessioni sulla responsabilità politica. Responsabilità, libertà, visione dell'uomo*, en *La responsabilità politica. Diritto e tempo*, cit., págs. 47 y ss.

¹³ G. U. Rescigno, *Corso*, cit., pág. 423.

¹⁴ *La responsabilità politica*, cit., págs. 110-111: “Institucional no significa por eso mismo jurídico: no todos los hechos sociales (en sentido amplio) que son estables, previsibles, regulares, existen por ser prescritos por reglas heterónomas y estar garantizados con sanción”. Aquí la responsabilidad política “es institucional porque se expresa en una relación política no esporádica, no excepcional, no fragmentaria, sino permanente, continua, unitaria, por tal razón en una relación entre sujetos predeterminados, según modos y formas en buena parte predeterminadas y objetivamente ciertos y reconocibles”.

censura— del sujeto políticamente responsable. “Tanto el poder de crítica como el poder de destitución”, añade, “son poderes jurídicamente protegidos y disciplinados, de manera que la responsabilidad política, que a través del ejercicio de estos poderes adquiere los caracteres de oficialidad, certeza y eficacia que generalmente no tiene, aun sin convertirse en una responsabilidad jurídica por las razones ya dichas, es siempre un instituto de la Constitución (escrita y viviente), jurídicamente disciplinado en algunos de sus elementos constitutivos”¹⁵.

La segunda forma de responsabilidad política es la que Rescigno llama *difusa*. Designa todas aquellas relaciones en las que los sujetos no están predeterminados porque puede ser responsable cualquier sujeto político. En ella “no hay ningún vínculo, ni de forma, ni de modo, ni de tiempo, sino sólo los determinados por la oportunidad política” y éstos se encuentran todos conectados a una genérica libertad de crítica¹⁶. En fin, “no son institucionales las consecuencias, porque de hecho dependen de causas innumerables y no predeterminables y se sustancian en imprevisibles y por tanto no predeterminados cambios en las relaciones de fuerza entre los grupos políticos. Tal es la relación entre gobierno y opinión pública, entre partidos y sociedad, entre diputados y electores y así sucesivamente”¹⁷.

¿Cuál es entonces la relación entre responsabilidad política y derecho? Excluido que la responsabilidad política constituya una forma de responsabilidad jurídica, Rescigno se pregunta cuál es el papel de los institutos jurídicos que disciplinan y garantizan momentos singulares de la “relación política de responsabilidad”. Su respuesta es que “el derecho en este caso no construye y disciplina la responsabilidad (haciéndola convertirse en responsabilidad jurídica), sino que desde fuera ofrece a la responsabilidad política según se ha descrito antes algunos (o muchos) momentos de apoyo para mejorar su funcionamiento (por decirlo de algún modo, las normas no entran en la responsabilidad, la disciplinan desde el exterior)”¹⁸. En particular, estos momentos se manifiestan en la relación Gobierno-Parlamento, especialmente en aquellos poderes de las Cámaras que, en el ámbito de la actividad no legislativa, son tradicionalmente reconducidos a la función de control político del Parlamento sobre el ejecutivo. Las interrogaciones, las mociones, las comisiones parlamentarias de investigación y la misma moción de censura no serían más que singulares “momentos de apoyo” a la responsabilidad política institucional. “No obstante, estos momentos, en sí mismos considerados, no son expresión de responsabilidad política sino instrumentos jurídicos, cada uno definible y ubicable a tenor de lo que él manifiesta de forma evidente: la interrogación parlamentaria es un acto con el que se obliga a un sujeto a dar respuesta a una pregunta, y si pregunta y respuesta hacen surgir una responsabilidad, es algo que depende de la relación sustancial a la que una y otra se refieran”. Así se ve —concluye Rescigno— “que la relación de conjunto que engloba, como momentos instrumentales, aspectos jurídicos (pero no sólo) es una relación política que, para funcionar, usa los instrumentos jurídicos más adecuados que halla disponibles, sin llegar a ser por esto, en su conjunto, una relación jurídica; la responsabilidad política, que es el componente de esta relación política que nos interesa, sea institucional o difusa, se manifiesta también a través de institutos jurídicos sirvientes, pero en cuanto responsabilidad no es jurídica: el derecho, por así decirlo, presta asistencia desde el exterior a la relación política de responsabilidad, no se convierte en un componente interno de tal relación, como, por tomar un ejemplo de otros ámbitos, significativas relaciones entre sujetos económicos se valen de instrumentos jurídicos, sin que por ello la relación económica se haga jurídica”¹⁹.

¹⁵ *Responsabilità (diritto costituzionale)*, cit., págs. 1346-1347.

¹⁶ *La responsabilità politica*, cit., págs. 121-122.

¹⁷ *Corso*, cit., pág. 423.

¹⁸ *Responsabilità (diritto costituzionale)*, cit., pág. 1349.

¹⁹ *Ibidem*.

III. LAS CRITICAS A LA TESIS DE RESCIGNO. LA RESPONSABILIDAD POLITICA COMO ESPECIE DE RESPONSABILIDAD JURIDICA

Esta reconstrucción del fenómeno de la responsabilidad política ha sido criticada desde diversos puntos de vista. Sobre todo se ha observado que no siempre la responsabilidad jurídica implica la sanción de un comportamiento predeterminado por normas jurídicas. Giovanni Pitruzzella, por ejemplo, ha recordado que en la segunda mitad del siglo XX se afirmó un modelo de responsabilidad civil en el que “adquiere relieve no tanto la exigencia de sancionar el comportamiento culposo contrario a la norma, como la de garantizar al sujeto perjudicado una reparación monetaria adecuada para reponerle en el *status quo ante*”²⁰. A diferencia de la responsabilidad penal, en el “modelo solidario” de la responsabilidad civil —afirma— concurren figuras de responsabilidad objetiva que no suponen una tipificación del ilícito sino, más sencillamente, la injusticia del daño²¹. Por lo demás, como ya había puesto de relieve Alessandro Pace, múltiples formas de responsabilidad civil contradicen la noción de responsabilidad jurídica acogida por Rescigno como responsabilidad por comportamientos predeterminados por normas y con ella la propia distinción que él hace entre responsabilidad política y responsabilidad jurídica. Así, sobre esta base, la responsabilidad política se concibe como una especie de la más amplia categoría de la responsabilidad jurídica, bien que con caracteres del todo peculiares²². “Cuando por ‘jurídico’ se entienda lo que está disciplinado por el derecho” —observa Pace— “mientras no hay dificultad para considerar *jurídica* incluso la responsabilidad *política* institucional, [...] no podría sino considerarse como de hecho la llamada responsabilidad ‘difusa’”²³. Por otra parte, ésta ha sido la orientación prevalente en la ciencia jurídica italiana hasta los años sesenta: la presencia de normas jurídicas que disciplinen la responsabilidad política sería suficiente para afirmar la juridicidad de esta particular forma de responsabilidad²⁴.

Aún con diversidad de planteamientos, tal es la conclusión a que han llegado Costantino Mortati y, más recientemente, Gianni Ferrara. Para estos autores, en las formas de gobierno parlamentarias la responsabilidad política del Gobierno en relación con el Parlamento ha sufrido en el curso de su historia un proceso de progresiva racionalización, manifestado en la tendencia a regular jurídicamente los mecanismos de funcionamiento de la relación de confianza antes dejados a la praxis y a las normas de corrección²⁵. Gracias a tal regulación, este específico tipo de responsabilidad política habría adquirido carácter jurídico, al estar la relación de confianza dirigida en todo caso a sancionar jurídicamente la responsabilidad política del gobierno frente al Parlamento²⁶.

²⁰ G. Pitruzzella, *Responsabilità politica*, cit., pág. 297.

²¹ *Ibidem*. Sobre el tema del modelo solidario de responsabilidad civil puede verse C. Salvi, *Responsabilità extracontrattuale* (dir. Vig.), en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1988, vol. XXXIX, págs. 1193-1196.

²² A. Pace, *Le forme extrapenali di responsabilità del Capo dello stato*, en M. Luciani y M. Volpi (eds.), *Il Presidente della Repubblica*, Il Mulino, Bologna, 1997, págs. 383-385.

²³ A. Pace, *Il potere de inchiesta nelle assemblee legislative*, cit., pág. 139, n.35.

²⁴ U. Scarpelli, *Riflessioni sulla responsabilità politica*, cit., pág. 75; G. Pitruzzella, *Responsabilità politica*, cit., pág. 298.

²⁵ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., págs. 584-585. Según G. Ferrara, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine di secolo*, en “*Rivista di diritto costituzionale*”, 1998, págs. 20-56, como en el caso de la representación política la ciencia constitucionalista debe “reconocer la posibilidad de que vicisitudes relevantes en la dinámica de los ordenamientos reproducidas con frecuencias pluriseculares puedan haber adquirido una configuración jurídica autónoma” respecto de las, comparables pero no asimilables, pertenecientes a otros campos del derecho. La responsabilidad política del Gobierno frente al Parlamento constituiría pues una forma de responsabilidad propia del derecho público, diversa de las demás formas de responsabilidad que se dan en otros campos del derecho, pero no por esto menos jurídica.

²⁶ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pág. 585, n. 1: “el elemento unificador que se busca parece ser dado por la obligación de la existencia y permanencia de la situación de confianza y del recurso a los mecanismos dirigidos a verificarla, así como a los remedios necesarios para reconstruirla cuando deja de existir. El hecho de que estos mecanismos sean en parte convencionales (pero con tendencia a la extensión de la esfera de su regulación jurídica) no incide en el precedente aserto, justificable en base a su condicionamiento al fin, cuya persecución reviste, como se ha dicho, carácter vinculante”.

Más allá de los diferentes planteamientos, todos los que conciben la responsabilidad política como una forma particular de responsabilidad jurídica hacen referencia sobre todo a la responsabilidad del Gobierno ante el Parlamento. En efecto, sólo en la noción de desconfianza, que permite al Parlamento someter a juicio la actividad imputable al Gobierno y proceder, si el juicio resulta negativo, a su destitución, se darían las características típicas referibles al concepto de responsabilidad jurídica. Así pues, el poder de destitución que corresponde al Parlamento, garantizado y formalizado por el derecho, constituiría el más evidente signo de juridicidad de la relación de responsabilidad que liga al Gobierno con las Cámaras.

Todas las demás formas de responsabilidad política diversas de la del Gobierno frente a las Cámaras, en las que falta el poder de destituir o, en cualquier caso, de someter al sujeto responsable a consecuencias jurídicas negativas, no podrían, según Pace y Petruzzella, encajar en el más amplio concepto de responsabilidad jurídica o serían tan pobres de reglamentación como para hacer concebir serias dudas acerca de su carácter jurídico²⁷. Es claro que esta reconstrucción comporta una diferente consideración de aquellos institutos que según Rescigno disciplinan y garantizan singulares momentos de la “relación jurídica de responsabilidad”. Si, en efecto, es la moción de censura el único elemento del concepto de responsabilidad política que permite su inserción en la amplia categoría de la responsabilidad jurídica, de ello se sigue que los demás poderes del Parlamento pertenecientes a la función de control político sobre el ejecutivo resultan inevitablemente excluidos de la relación de responsabilidad política que liga el Gobierno al Parlamento. Estos pueden llegar a tener alguna relevancia bajo el perfil de la responsabilidad política sólo en la eventualidad de que anticipen y contribuyan a propiciar la presentación de una moción de censura, único instrumento idóneo para hacer surgir este tipo de responsabilidad. Sin embargo, también en este caso la relevancia de los instrumentos de control político propios del Parlamento sería externa a la relación “jurídica” de responsabilidad política sin contribuir a definir su contenido.

Por tanto, las teorías que sostienen la juridicidad de la responsabilidad política acaban concentrando la atención en la moción de censura, es decir, sobre el momento de la sanción jurídica de la responsabilidad, en perjuicio de las múltiples relaciones jurídicas y políticas que median entre el sujeto políticamente responsable y los sujetos que hacen valer esta forma de responsabilidad. De este modo se pone en discusión uno de los elementos, a mi juicio, más convincentes de la reconstrucción, que hace Rescigno, de la que llama responsabilidad política institucional. En efecto, pues considerar la responsabilidad política como una relación política continuada en el tiempo, no centrada de manera exclusiva en el poder de destitución y a la que el derecho ofrece desde fuera instrumentos o momentos de apoyo para hacerla funcionar mejor, es lo que permite a Rescigno describir este tipo de responsabilidad como una relación unitaria. Una relación, ésta, hecha de vicisitudes políticas singulares que unas veces pueden manifestarse en simples críticas dirigidas al sujeto responsable y otras a través de la utilización de instrumentos jurídicos, como en el caso de los poderes de control político del Parlamento sobre el Gobierno, entre los que destaca, obviamente, por importancia y eficacia, la moción de censura²⁸.

²⁷ A. Pace, *Le forme extrapenali di responsabilità del Capo dello stato*, cit., pág. 386; U. Scarpelli, *Riflessioni sulla responsabilità politica*, cit., pág. 77.

²⁸ G. U. Rescigno, *Responsabilità (diritto costituzionale)*, cit., pág. 1354: “de cualquier modo, no sería difícil hacer ver cuántas normas de los reglamentos parlamentarios, cuántas convenciones constitucionales, cuánta praxis se explican unitariamente cuando se las ve como articulación de una relación única y unitaria. Más en concreto, puesto que cabe en cualquier momento que una Cámara retire la confianza, la relación de responsabilidad política institucional se manifiesta no sólo en éste (por lo demás rarísimo) caso, sino en cualquier otro momento político, precisamente porque esta posibilidad, siempre presente, reverbera sobre esos otros momentos y proyecta sobre ellos su significado, convirtiéndolos así en momentos de una única y unitaria relación que siempre podría concluir con la censura formal”. Una posición, en parte análoga a la de Rescigno, abiertamente crítica en relación con las definiciones de la responsabilidad política que cifran exclusivamente su contenido en el poder del Parlamento de hacer caer al Gobierno, es la de R. Bustos Gisbert, *La responsabilità politica*, cit., Madrid, 2001, págs. 11-27.

Aquí, en cambio, preguntas, interpelaciones, investigaciones parlamentarias, y todos los demás poderes que integran la función de control político del Parlamento —todos excepto la moción de censura— tomados aisladamente, carecerían de idoneidad para hacer valer la responsabilidad política del Gobierno, y sólo podrían definirse y ubicarse conforme a las específicas funciones de fiscalización, toma de conocimiento, de dirección de la actividad del gobierno que con ellas se ejerce.

IV. LA NATURALEZA REPRESENTATIVA DE LOS SUJETOS POLITICAMENTE RESPONSABLES EN LAS MODERNAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONALES

Estas dos diversas orientaciones ponen de manifiesto la decisiva relevancia de la definición del concepto de responsabilidad política, a los fines de la cualificación jurídica de los diversos instrumentos de la actividad no legislativa del Parlamento. En efecto, según el significado que se asocie a esta expresión, cambia profundamente la concepción del papel que, en la relación Gobierno-Parlamento, cumplen los múltiples instrumentos jurídicos a través de los que se ejerce la función de control político del Parlamento.

Me parece que el nexo con la representación política es el rasgo específico de la responsabilidad política, que no puede estar ausente de una definición que quiera dar cuenta de todos sus diversos y heterogéneos perfiles. Por eso no es convincente la tesis de Rescigno según la cual la responsabilidad política sería la contrapartida del poder político, al margen cualquier relación de representación política. “En los sistemas democráticos actuales”, afirma el mismo Rescigno, “vale el principio de que la responsabilidad política llega hasta donde lo haga el poder político y viceversa. En consecuencia, extender la responsabilidad política de un sujeto significa incrementar su poder político, y, recíprocamente, restringir tal responsabilidad quiere decir disminuir su poder”²⁹. Pero, precisamente, esto sólo vale en los sistemas democrático-representativos, de ahí que la noción de poder político utilizada por Rescigno resulte demasiado amplia. En efecto, afirma que “tener un poder político significa tener poder de guía, tener el poder de individualizar y perseguir libremente fines, y medios adecuados a tales fines, para imponérselos a toda la comunidad. El funcionario no responde políticamente porque persigue fines que le son asignados por el derecho, y en cualquier caso por otros. El político responde política y no jurídicamente justo porque su cometido no es cumplir pura y simplemente las leyes, sino al contrario elegir por cuenta de todos los fines a perseguir y los medios utilizables”³⁰. Lo que no conviene de esta tesis es que, de atenderse a ella y desgajando la responsabilidad política de la representación política, resulta difícil encuadrar la especificidad del poder político en el Estado democrático representativo. También el monarca absoluto tenía poder político, en el sentido de “poder de guía”, pero desde luego no era responsable políticamente³¹. De otro lado, en los actuales sistemas democráticos, el juez o el funcionario público no responden política-

²⁹ G. U. Rescigno, *Responsabilità (diritto costituzionale)*, cit., pág. 1349.

³⁰ Id. *Corso*, cit., pág. 422. En el mismo sentido, sobre la noción de poder político, véase U. Scarpelli, *Riflessioni sulla responsabilità politica*, cit., págs. 77-78. Sobre la orientación que concibe el poder político, también en el Estado contemporáneo, como libre en el fin, véanse las críticas formuladas por M. Galizia, *Fiducia parlamentare*, en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1968, vol. XVII, págs. 389-391 y 393 n.15.

³¹ Por otra parte, cuando en la experiencia política medieval se hace referencia al problema de la responsabilidad regia, ésta se conecta en todo caso a alguna forma, siquiera embrionaria y restringida, de relación representativa. Véase, por ejemplo, G. Rizzo, *La responsabilità regia e le deposizioni dei re Inglese*, Giuffrè, Milano, 1939, pág. 32, según el cual, en el período anglosajón, había una responsabilidad del rey ante los “Witan”, es decir, los sabios “que habían concurrido a su elección por el bien público y que podían declarar si el Rey había o no cumplido los compromisos asumidos en el acto de su elevación al trono (que podían resumirse en la promesa de gobernar según justicia, esto es, sustancialmente, según las normas consuetudinarias)”.

mente no sólo porque persiguen “fines que les son asignados por el derecho, y en todo caso por otros”, sino porque no son órganos representativos.

La indeterminación de los sujetos responsables políticamente es aún mayor en el caso de la que Rescigno llama responsabilidad política difusa. Tales sujetos no estarían predeterminados porque “en principio todos los sujetos públicos” —y por tanto, parece, todo el que participe en la lucha política— “son responsables políticamente de manera difusa”. Además, en estos casos no están preconstituidos los modos y las formas de la responsabilidad, porque pueden ser de lo más diverso y remiten todos a la libertad de crítica³². En consecuencia, este tipo de responsabilidad política se manifiesta como “una relación que es con todos al mismo tiempo y, por consiguiente, con ninguno en particular”³³. En efecto, la responsabilidad política, una vez desgajada de la representación, recae indistintamente sobre todos los sujetos políticos, aun cuando no sean representativos, que se consideran responsables por el solo hecho de participar en la lucha política. La peculiaridad de los modernos sistemas democráticos se reduciría a una general y genérica libertad de crítica ejercitable frente a todos los que integran la categoría de los sujetos políticos: una categoría, entre otras cosas, cuya identificación, al fundarse en la práctica en la libertad de manifestación del pensamiento, resultaría totalmente libre y opinable. Conforme a este criterio, cualquiera podría ser señalado como sujeto político si se juzga que la actividad que desarrolla, o incluso el modo en que la ejerce, forma parte de la lucha política: magistrados, policías, médicos, periodistas, funcionarios públicos, sindicatos, círculos culturales y, en general, todos los ciudadanos que participan en la vida política, podrían ser considerados políticamente responsables. En este cuadro, el concepto de responsabilidad política se disuelve en la libertad de crítica y con ello en la libertad de manifestación del pensamiento, haciendo difícil si no imposible captar su significado específico.

Es por lo que creo necesario situar en el centro de la reflexión sobre la responsabilidad política, no sólo y no tanto la libertad de crítica sino también, y diría que sobre todo, la naturaleza representativa de los sujetos políticamente responsables en los modernos sistemas democráticos. Esto implica, a mi juicio, ligar la definición de poder y de sujeto político al instituto de la representación política, que caracteriza, más que ningún otro, la naturaleza de nuestras democracias, y definir como políticamente responsables sólo aquellos poderes y sujetos políticos directa o indirectamente representativos³⁴. En efecto, es la naturaleza representativa del poder político lo que, en las modernas democracias constitucionales, confiere un papel democrático decisivo a la libertad de crítica estimulando, a través de la selección y el recambio de los sujetos en los que se delegan las funciones de gobierno, la participación política y la organización de los ciudadanos en partidos para concurrir a la determinación de la política nacional³⁵.

³² G. U. Rescigno, *Responsabilità (diritto costituzionale)*, cit., pág. 1353.

³³ Id. Corso, cit., pág. 423.

³⁴ Para la doctrina italiana que vincula la responsabilidad política a la naturaleza representativa del sujeto responsable, véanse los escritos de S. Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, Giuffrè, Milano, 1947, págs. 160 y ss.; V. Orlando, *Du fondement juridique de la représentation politique*, en *Scritti di diritto pubblico generale*, Giuffrè, Milano, 1940; D. Nocilla, *Brevi note in tema di rappresentanza e responsabilità politica*, cit., págs. 563-586; F. Lanchester, *Rappresentanza, responsabilità*, cit., pág. 11; L. Paladin, *Diritto Costituzionale*, cit., págs. 265-269, y, sobre todo G. Ferrara, *Il Presidente dell'Assemblea Parlamentare*, Giuffrè, Milano, 1965, pág. 49, según el cual “la representatividad de un órgano comporta responsabilidad política de su titular ante quien dispuesto la elección del mismo”.

³⁵ En esta acepción la responsabilidad política constituye una característica imprescindible del moderno Estado representativo y democrático. En efecto, en esta forma de Estado el fenómeno de la responsabilidad política ha encontrado su mayor y hasta ahora más coherente expresión en cuanto a importancia de los sujetos responsables políticamente, dada la generalización del principio representativo para el ejercicio del poder político, y en cuanto a extensión de los sujetos frente a los cuáles responde políticamente quien tiene el poder político, dada la extensión del derecho de voto a todos los ciudadanos. No hay, en cambio, responsabilidad política en las monarquías absolutas, en los regímenes totalitarios, en las dictaduras militares donde no existe representación política ni libertad de crítica. En estos casos, si se habla de responsabilidad política, se entiende por tal algo diverso de la responsabilidad política que caracteriza al Estado democrático represen-

Por otra parte, esto explica la existencia de poderes políticos no responsables políticamente como las *authorities* y el Banco de Italia, en contraste con el principio, formulado por Rescigno, según el cual, en las democracias el poder político debería llevar siempre aparejada una adecuada responsabilidad política³⁶. Esto sucede no sólo porque los sujetos que lo ejercitan sean considerados como sujetos no políticos o no estén sometidos a críticas de carácter político, sino, sobre todo, porque estos poderes están asignados o son ejercitados por sujetos no representativos y por ello no responsables políticamente.

En fin, no parece superfluo recordar que el cambio más relevante en la responsabilidad política del Gobierno frente al Parlamento producido en Italia en los últimos diez años ha sido, como recuerda el propio Rescigno, la designación previa a las elecciones del candidato a conducir el ejecutivo³⁷. En efecto, este cambio no es más que la consecuencia de la introducción de un diverso sistema electoral, el mayoritario, y demuestra el profundo vínculo que liga representación y responsabilidad política, hasta el punto de que un cambio del mecanismo de selección de la representación política puede determinar efectos altamente perturbadores en las relaciones de responsabilidad política propias de los órganos representativos.

V. DOS FORMAS DE RESPONSABILIDAD JURIDICA: LA RESPONSABILIDAD POR HECHO ILICITO Y LA RESPONSABILIDAD POR REPRESENTACION

Pero ¿cómo injertar el ligamen, a mi juicio evidente, que existe entre representación y responsabilidad en la noción de responsabilidad política? Hemos visto que las dos orientaciones antes expuestas definen la responsabilidad política sobre la base de un parangón con la responsabilidad jurídica: la primera, llevando a cabo una neta distinción entre los dos tipos de responsabilidad, y la segunda, en cambio, aislando los caracteres de la responsabilidad política que pueden reconducirse a la noción de responsabilidad jurídica. Rescigno se refiere explícitamente a una noción de responsabilidad jurídica caracterizada por la sumisión a precisas consecuencias jurídicas, negativas y preestablecidas, que se producen cuando se verifica un determinado hecho, predeterminado en sus características abstractas por el derecho³⁸. De manera diversa, Pace y Pitruzzella amplían la noción de responsabilidad jurídica integrando dentro de ella también la sanción de hechos ilícitos no predeterminados por normas jurídicas³⁹.

Me pregunto si estas nociones de responsabilidad jurídica calçadas sobre la responsabilidad por hecho ilícito, civil o penal, no son excesivamente restringidas. A tenor de las mismas, la responsabilidad política tiene poco o nada que ver con la responsabilidad jurídica (por hechos determinados). En efecto, la responsabilidad política, aun pudiendo ser también ella producida por un hecho ilícito, en la mayor parte de los casos está generada por comportamientos del sujeto responsable cuya licitud ni siquiera se pone en discusión. Me pregunto, no obstante, si existe la misma radical diferencia entre responsabilidad política y otras formas de responsabilidad también presentes en nuestro ordenamiento. Pienso en la responsabilidad relativa a la relación de representación merced a la cual, en el derecho civil, el representante “responde” ante el representado, pues los actos que realiza son imputados a éste, tanto si la representación es con vínculo de mandato como en la voluntaria, ya sea sin vínculo de mandato como en la representación legal o en la representación de los órganos de personas jurídicas.

tativo o se hace referencia a ámbitos muy restringidos: por ejemplo, un jefe del Estado elegido por una junta militar podrá ser políticamente responsable en relación con los miembros de la misma.

³⁶ G. U. Rescigno, *Trasformazioni e problemi della responsabilità politica oggi*, en G. Azzariti (ed.), *La responsabilità politica nell'era del maggioritario e nella crisi della statalità*, Giappichelli, Torino, 2005, pág. 8.

³⁷ *Ibid.*, pág. 10.

³⁸ G. U. Rescigno, *Responsabilità (diritto costituzionale)*, cit., pág. 1343.

³⁹ G. Pitruzzella, *Responsabilità politica*, cit., pág. 297.

También estas formas de responsabilidad se producen habitualmente sin la verificación de actos ilícitos determinados por el derecho, como sucede en la responsabilidad penal y en la civil en las que, en cambio, la responsabilidad no es más que el efecto de un específico acto ilícito de tipo penal o civil.

Así pues, la responsabilidad correspondiente a una relación de representación me parece el producto de un juicio, formulado normalmente por el representado, sobre el ejercicio de una determinada función desarrollada por el representante. En estos casos, la responsabilidad del representante se produce no sólo como efecto de específicos hechos ilícitos determinados por el derecho, sino también, y sobre todo, a consecuencia de una genérica valoración de la conducta del representante en el ejercicio de una determinada función⁴⁰. Aquí el juicio de responsabilidad se basa no en hechos específicos y menos aún en hechos ilícitos determinados por el derecho, sino en el buen o mal ejercicio de las funciones representativas asignadas en interés del representado⁴¹. La sanción correspondiente al juicio sobre este tipo de responsabilidad no consiste en la condena a una pena como en la responsabilidad penal, ni en la obligación de cumplir una prestación como en la responsabilidad civil, sino en una reducción, revocación o no confirmación de las competencias funcionales atribuidas al representante.

Esta responsabilidad por representación, que caracteriza al fenómeno de la representación jurídica en el derecho civil y en el derecho mercantil, presenta a mi juicio innegables analogías con el fenómeno de la responsabilidad política en el derecho constitucional, aun diferenciándose netamente de la responsabilidad por hechos determinados que es en lo que habitualmente se cifra el significado de la responsabilidad jurídica. Las características de la responsabilidad por representación identificables tanto en la representación voluntaria, como en la representación legal o en la representación de órganos de personas jurídicas y asociables al fenómeno de la responsabilidad política son las siguientes: a) quien plantea este tipo de responsabilidad, a través de la crítica del sujeto responsable, puede proponerse constreñir al representante a cambiar su línea de conducta o determinar su destitución mediante la revocación, la dimisión o la no confirmación; b) no se es responsable por hechos predeterminados por normas, ni hay un vínculo predeterminado por normas entre la imputación de un hecho específico y consecuencias jurídicas, negativas y predeterminadas; c) la sanción de este tipo de responsabilidad no presupone, pues, la obligación de imputar, probar o verificar un hecho específico por el cauce de un mecanismo formal regulado por el derecho; e) lo previsto por las normas es la específica función de cuyo ejercicio es responsable el representante; f) la responsabilidad puede producirse también a causa de simples intenciones o programas del sujeto representante; g) en fin, la responsabilidad presupone una relación de representación con o sin vínculo de mandato, entre el sujeto frente al que se exige y el que la hace valer. Es interesante señalar que Rescigno atribuye algunos de estos elementos a la responsabilidad política y los valora como idóneos para diferenciarla de la responsabilidad jurídica. A la inversa, los mismos son todos localizables también en la responsabilidad por representación de derecho civil⁴².

⁴⁰ C. Maiorca, *Responsabilità (teoria generale)*, en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1988, vol. XXXIX, pág. 1033, parece apuntar a este fenómeno cuando se detiene en el tema de la responsabilidad política.

⁴¹ *Ibid.*, pág. 1038: "Y el ilícito es ciertamente lesión (u ofensa), pero no lesión de un interés. El ilícito presupuesto de la responsabilidad, sea penal o civil, está en el hecho del *nec uti iure*, entendido éste como 'desbordamiento dañoso' de los límites, en su caso, del *uti iure* (ya sea el *ius* el poder de propiedad o de posesión, el de libertad o el de señoría). Radica, pues, en el acaecimiento de un daño ocasionado injustamente. Pero la injusticia del daño no es fruto de la persecución del logro de alguna clase de intereses (en cuya lesión estaría la cuestión), sino de la consideración de las circunstancias en que consiste el evento dañoso".

⁴² G. U. Rescigno, *Responsabilità (diritto costituzionale)*, cit., págs. 1344-1345.

VI. REPRESENTACION POLITICA Y REPRESENTACION JURIDICA DE ORGANOS

Estas analogías, si de una parte nos permiten concebir la responsabilidad política como una forma particular de responsabilidad por representación, de otra abren un nuevo orden de problemas. En efecto, no se pueden ignorar las profundas diferencias que existen entre la representación política y los institutos de la representación voluntaria y de la representación legal propios del derecho civil⁴³.

El elemento que más que ningún otro impide la asimilación del fenómeno de la representación política tanto a la representación voluntaria como a la legal es la imputación al representado de los actos realizados por el representante. En efecto, la característica fundamental de la representación de derecho civil está constituida por la disociación entre el autor de un acto (el representante) y el sujeto al que se imputan los efectos jurídicos del acto (el representado). Por tanto, por voluntad del interesado (en la representación voluntaria) o por imposición legislativa (en la representación legal) el representante actúa jurídicamente en nombre y por cuenta del representado en cuya esfera jurídica se producen directamente los efectos de tal actividad.

Este mecanismo presente en la representación de derecho civil, no concurre obviamente, en la representación política. Los actos de los representantes políticos, como por ejemplo, los realizados por los miembros del Parlamento, no son imputados a los sujetos políticamente representados, ya sean considerados individualmente como electores singulares o colectivamente como cuerpo electoral⁴⁴. Los parlamentarios, en el ejercicio de sus funciones representativas, realizan actos jurídicos (votan leyes, mociones, eligen miembros de la Corte Constitucional, etc.) que no son imputables a los ciudadanos que determinaron su elección y a los que representan políticamente, sino que son directamente imputados a los órganos (Cámara de los Diputados, Senado de la República) de los que los parlamentarios son miembros.

Este fenómeno ha sido explicado por la doctrina iuspublicista mediante la conocida teoría de los órganos, formulada a partir de la concepción organicista de la naturaleza y de la estructura del Estado y los demás entes públicos que se impuso en los estudios de derecho público de los años a caballo entre los siglos XIX y XX⁴⁵. Esta teoría asimila las personas jurídicas, el Estado entre ellas, a las personas físicas en lo que se refiere al requisito de la capacidad de obrar. Esto resulta posible por la particular relación que instaura entre la persona jurídica y las personas físicas, es decir, los individuos en carne y hueso, que actúan en su nombre y por su cuenta, no en la calidad de representantes de la persona jurídica, sino en cuanto "personifican a la persona jurídica"

⁴³ Sobre este problema es habitual no sólo distinguir, sino contraponer la relación representativa, que liga a los electos en las asambleas parlamentarias a los propios electores, a los institutos de la representación voluntaria y de la representación legal propios del derecho civil. Mientras la representación voluntaria presupone el conferimiento de un mandato por parte del representado y el poder de revocación, siempre ejercitable, de titularidad de este último frente al representante, los electores no tienen el poder de revocar a los elegidos en las asambleas representativas, sino sólo el de elegir nuevos representantes al término de la legislatura o en caso de disolución anticipada de las Cámaras, ni pueden imponer al representante, debido a la prohibición del artículo 67 de la Constitución italiana, un mandato imperativo que pueda limitar sus poderes o vincular sus comportamientos. Además, la representación legal del derecho civil está impuesta por la ley a los sujetos incapaces de obrar en cuyo interés un tercero autorizado elige al representante. Aunque también pueda atribuirse un carácter necesario a la representación política, ya que los poderes de las asambleas parlamentarias y de sus miembros están previstos en la Constitución, en ella son, en cambio, los propios ciudadanos (es decir, los sujetos políticamente representados) y no un tercero, quienes eligen mediante el voto a sus representantes.

⁴⁴ Sobre la diversidad de los dos tipos de representación véanse P. L. Zampetti, *Dallo stato liberale allo stato dei partiti*, Giuffrè, Milano, 1973, págs. 93-107 y A. Tesaurò, *Istituzioni di diritto pubblico*, Utet, Torino, págs. 128-129.

⁴⁵ La primera formulación de la teoría del órgano se debe a Otto von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlín, 1881. Entre las contribuciones más importantes para la evolución y la recepción en la doctrina italiana de la teoría de los órganos: G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1900, trad. italiana de

identificándose con ella como sus propios órganos⁴⁶. El resultado de esta operación es la diferenciación y contraposición entre relación orgánica y relación de representación, que se manifestaría en el hecho de que el órgano expresa inmediata y directamente la persona jurídica, como instrumento de su capacidad de obrar, mientras el representante sustituye a otro sujeto y, por tanto, lo expresa mediata e indirectamente⁴⁷.

Esta concepción antropomórfica de las personas jurídicas, extendida al Estado y a sus órganos, presenta una serie de aporías y contradicciones difícilmente superables. En efecto, no es claro si el órgano de la persona jurídica es la persona física del funcionario que permite al ente querer y obrar jurídicamente o el oficio abstractamente previsto como instrumento de imputación jurídica de la persona jurídica⁴⁸. Esta ambigüedad, de evidente relevancia en el problema de la representación política, no incide en la llamada relación orgánica, que permite configurar al órgano —es decir, al oficio tomado abstractamente— como “identificado” en la persona jurídica y, de este modo, utilizarlo como instrumento de imputación inmediata y directa al ente de actos y situaciones en las relaciones con los ciudadanos⁴⁹. Sin embargo, sí afecta a la relación entre el titular del órgano —las personas físicas de carne y hueso, las únicas materialmente capaces de entender y querer— y el órgano abstractamente entendido, que la doctrina constitucionalista sigue considerando como relación de identificación, al concebir al primero como órgano en sí mismo, del que integraría el elemento personal más que como representante del órgano⁵⁰.

M. Petrozziello, *Dottrina generale del diritto dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1949; S. Romano, *Nozioni e natura degli organi costituzionali dello Stato* (1898), en *Scritti minori*, Giuffrè, Milano, 1955, págs. y ss.: Id., “Organi”, en *Frammenti di un dizionario giuridico* (1944), Giuffrè, Milano, 21983, págs. 145-171; O. Ranelletti, *Gli organi dello Stato (concetto, natura, rapporti)*, en “Rivista di diritto pubblico”, I, 1909; H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), trad. italiana de S. Cotta y G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas Kompass, 51978; H. J. Wolf, *Organschaft und juristische Person; II: Theorie der Vertretung*, Berlin, 1934; A. De Valles, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Cedam, Padova, 1932, II; C. Esposito, *Organo, ufficio e soggettività dell'ufficio*, en “Annali dell'Università di Camerino”, 1932; S. Foderaro, *Organo (teoria dell')*, en “Nuovissimo Digesto Italiano”, XII, 1965; V. Crisafulli, *Alcune considerazioni sulla teoria degli organi dello Stato*, en “Archivio giuridico”, 1938; M. S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950, págs. 121 ss.: Id. *Organi*, cit. Para una reconstrucción histórica del concepto de órgano, véase: A. Massera, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1986, págs. 193-320.

⁴⁶ En contra de esta concepción véase, sobre todo, V. A. Falzea, *Capacità (teoria generale)*, en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1960, vol. VI, págs. 31-34, según el cual las personas jurídicas no tienen capacidad de obrar porque ésta se halla conectada a la capacidad de entender y querer que, en cuanto tal, es propia únicamente de las personas físicas, si bien poseen “capacidad de imputación jurídica de hechos previstos legalmente”. La tesis de Falzea fue retomada por M. S. Giannini (*Lezioni*, cit., págs. 143-144 y *Organi*, cit., págs. 44-46). Sobre las razones históricas del éxito de la teoría de los órganos, cfr. A. Massera, *Contributo*, cit., págs. 292-293, quien entiende que “con referencia al plano de los llamados órganos constitucionales, el concepto de órgano choca inmediatamente de modo ‘científicamente revolucionario’ en la connotación misma de la forma de gobierno, con el principio representativo según lo configuraron los primeros constitucionalistas de la escuela francesa, relegándolo [...] a mera técnica jurídica para la designación de las personas físicas titulares de los órganos estatales”.

⁴⁷ G. Jellinek, *Das System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1892), trad. italiana de G. Vitagliano, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Società Editrice Libreria, Milano, 1912; O. Ranelletti, *Gli organi dello Stato*, cit., págs. 67-70; R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'état*, Sirey, Paris, 1920-1922, II, págs. 286 ss. (trad. cast. de J. Lión Depetre, *Teoría general del Estado*, con prólogo de H. Gross Espiell, Fondo de Cultura Económica, México, 21998); S. Romano, *Organi*, cit., págs. 167-168; M. S. Giannini, *Organi*, cit., pág. 45.

⁴⁸ Desde las primeras formulaciones de la teoría de los órganos se ha planteado el problema de si identificar al órgano en la persona del titular o en el oficio abstractamente entendido. No obstante, al respecto observa C. Esposito, *Organo*, cit., págs. 251 ss., “la distinción entre los que afirman que por órganos se entienden los oficios y los que afirman que por órgano se entienden los individuos titulares, que en abstracto es bastante neta, en concreto pierde la limpieza de los contornos, porque quienes sostienen la primera tesis acaban a menudo por considerar a la persona elemento constitutivo del órgano y los segundos por considerar órgano a la persona sólo en cuanto desempeña el oficio” (*ibid.*, pág. 280, n. 1). Sin embargo, en la doctrina se encuentran intentos de superar la tesis de la “identificación orgánica” del individuo con el órgano de que es titular. De éstos, los más importantes, si bien con planteamientos diversos y a veces opuestos, son los de H. J. Wolf, *Organschaft*, cit., pág. 242; A. De Valles, *Teoria giuridica*, cit. II, pág. 64; V. A. Falzea, *Capacità*, cit., págs. 33-34; y el mismo C. Esposito, *Organo*, cit., págs. 267-286.

⁴⁹ Sobre la importancia del concepto de órgano para el derecho público, véase M. S. Giannini, *Organo*, cit., págs. 40-41.

⁵⁰ A. Tesaurò, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., págs. 127 ss.; G. Ferrara, *Il Presidente dell'Assemblea Parlamentare*, cit., pág. 49; L. Paladin, *Diritto*, cit., págs. 14-18; P. L. Zampetti, *Dallo stato liberale allo stato dei*

Pero, en la actualidad, las exigencias que justificaban la asunción de semejante concepción ya no se dan o, en cualquier caso, han encontrado en el ordenamiento otras y más eficaces formas de tutela. Ya no es necesario atribuir la capacidad de obrar a órganos abstractamente previstos para despojar a los titulares de tales órganos de todo interés personal o para distinguir las responsabilidades individuales de las del Estado o de la administración pública, dado que para estos fines bastan las innumerables normas de carácter constitucional y legislativo dirigidas a determinar las competencias, atribuciones, funciones y, en fin, las responsabilidades personales mismas de los titulares de los órganos estatales⁵¹.

En suma, aun *manteniendo* el concepto de relación orgánica que liga el órgano abstractamente considerado a la persona jurídica Estado, es posible considerar la relación entre el funcionario o el representante político titulares de órganos y el órgano mismo como una relación de representación jurídica necesaria, —distinta, obviamente, de la relación de representación política— en la que, como en todas las formas de representación jurídica, nos encontramos ante la disociación entre el autor de un acto y el sujeto al que se imputan los efectos jurídicos del acto⁵². También aquí el representante (funcionario o representante político) actúa jurídicamente en nombre y en interés del representado (órgano de la persona jurídica) en cuya esfera jurídica se producen directamente los efectos de tal actividad. Y esto en virtud del hecho de que los órganos del Estado como los órganos de todas las personas jurídicas no son personas físicas sino “estructuras abstractamente previstas” que como tales no son capaces de entender y querer y no pueden por sí solas realizar actos jurídicos sino que necesitan de la actividad humana de determinadas personas físicas, que puedan producir actos jurídicos “en nombre” y “por cuenta” de ellas⁵³.

VII. LA RESPONSABILIDAD POLITICA COMO FORMA DE RESPONSABILIDAD POR REPRESENTACION

Según este planteamiento, la representación política se manifiesta como un fenómeno complejo en el que cabe distinguir dos diferentes relaciones representativas. La primera es la relación representativa “política”, que liga a los representantes al

partiti, cit., págs. 93 ss.; M. S. Giannini, *Organi*, cit., págs. 37-60; G. U. Rescigno, *Corso*, cit. En cambio, V. A. Falzea, *Capacità*, cit., pág. 34, distingue radicalmente los dos problemas: el primero tiene que ver con la imputación jurídica *del supuesto* a la persona jurídica a través del órgano y, por tanto, con la relación entre el órgano y la persona jurídica. Aquí la imputación “no tiene ningún nexo con la capacidad de entender y querer. Está ligada a otro fenómeno, que a su vez carece de relevancia en cuanto a la capacidad de obrar, es decir, en lo que se refiere a la competencia, que designa el ámbito y a la vez también el límite dentro del cual la actividad del órgano puede ser imputada al ente”. El segundo guarda relación con la capacidad de obrar, cuyo significado “está estrechamente ligado a la capacidad de entender y querer del sujeto que realiza el comportamiento” que no puede dejar de concernir a la persona física titular del órgano y a su relación el órgano abstractamente considerado.

⁵¹ Toda la teoría de los órganos hunde sus raíces históricas en dos exigencias convergentes expresadas por la iuspublicística de finales del siglo XIX: la primera consistía en la entificación del Estado, fundada, como ha escrito M. S. Giannini, *Organi*, cit., pág. 45, n. 5: “en una precisa exigencia política, de ver en el Estado el ente exponencial por excelencia de la Nación, frente a los particularismos locales y a los particularismos de las clases subalternas”; la segunda, en despersonalizar el poder, desvinculando al Estado de la figura del monarca y haciendo impersonales todas sus articulaciones directa e inmediatamente subordinadas al “Estado-persona”. La complementariedad de estas dos exigencias ha sido bien sintetizada por R. Carré de Malberg, *Contribution*, cit., págs. 256-257, según él, cuando la teoría de los órganos “se sert du thème ‘organe’ pour masquer la personnalité des agents que remplissent les fonctions organisées, et pour faire ressortir d’une façon exclusive, à l’occasion de l’exercice de ces fonctions, la personnalité de la collectivité étatique. Elle tend de même à mettre en évidence l’unité de la personne étatique dans la multiplicité de ses organes. Elle a pour but d’établir qui la puissance détient et mise en oeuvre par l’organe a pour titulaire juridique l’état seul”.

⁵² Se oponen explícitamente a este planteamiento adhiriéndose a la “identificación” de los individuos con los órganos de que son titulares, G. Ballardore Pallieri, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1953, pág. 103; P. L. Zampetti, *Dallo stato liberale allo stato dei partiti*, cit., pág. 94.

⁵³ En este sentido el sujeto incapaz de obrar sería el órgano de la persona jurídica, en interés de la cual un tercero está autorizado para elegir un representante jurídico. No es casual que el artículo 67 de la Constitu-

sujeto colectivo por el que han sido elegidos: por ejemplo, los parlamentarios representan políticamente al cuerpo electoral. La segunda es una relación representativa “jurídica”, que liga al representante al órgano al que se imputan los actos que él realiza. Aquí los parlamentarios como colegio representan jurídicamente a las Cámaras, en cuanto a través de sus deliberaciones realizan actos imputables a los órganos legislativos del Estado. Las dos relaciones son completamente diversas, si bien en los modernos sistemas democráticos y representativos los dos diversos tipos de representación guardan estrecha conexión. No puede haber representación jurídica en relación con la Cámara de Diputados y el Senado, es decir, imputación de los actos realizados por los parlamentarios a los órganos legislativos del Estado, si no hay una representación política entre parlamentarios y cuerpo electoral. Al mismo tiempo la representación política resulta constituida a través del voto popular, precisamente con el fin de determinar los sujetos que representan jurídicamente a los órganos legislativos del Estado⁵⁴.

El mismo fenómeno puede encontrarse en el derecho civil a propósito de las personas jurídicas. Si tomamos, por ejemplo, las relaciones de representación propias de las sociedades mercantiles advertiremos las semejanzas con el fenómeno de la representación política. En efecto, los administradores representan jurídicamente a la sociedad mercantil y al mismo tiempo representan, se puede decir “socialmente”, al consejo de administración o a la asamblea de los socios a los que deben su elección. Estas dos diversas formas de representación dan lugar a dos formas correlativas de responsabilidad: la primera es una responsabilidad por hecho ilícito que recae en el administrador que ha cometido delitos o ilícitos civiles “en nombre” o “por cuenta” de la sociedad en su calidad de representante jurídico; la segunda, en cambio, es una responsabilidad por representación en la que el administrador es juzgado principalmente por su gestión, por los sujetos por los que ha sido elegido y donde lo que cuenta es la conducta del administrador en su conjunto, en el ejercicio de su función, y, por consiguiente, el buen funcionamiento de la sociedad que puede manifestarse en el aumento de los beneficios, en la conquista de nuevos mercados o en mayores utilidades para los socios, y similares.

La representación política puede ser definida como una forma de representación que da lugar a una *responsabilidad por representación política*, precisamente por eso llamada responsabilidad “política”. Según ésta el representante “responde” del ejercicio de una determinada función, que no es sino la función jurídicamente representativa que él ejercita en nombre y por cuenta de los órganos a los que se imputa su actividad. Así pues, la responsabilidad política se hace valer por aquellos sujetos que han elegido o designado al representante para desempeñar una determinada función. Esto sirve para las Cámaras que son responsables políticamente ante el cuerpo electoral, pero también para el gobierno en relación con el Parlamento.

Esta reconstrucción nos permite explicar por qué los instrumentos jurídicos utilizados para hacer valer la responsabilidad política están confiados al sujeto representado políticamente: porque el sujeto representado jurídicamente, como en todas las formas de representación de órganos es una entidad artificial incapaz de obrar. En la representación voluntaria es el representado jurídicamente —el sujeto al que se imputan los efectos jurídicos de los actos del representante— el que dispone de todos los instrumentos

ción italiana imponga la prohibición de mandato imperativo afirmando que cada miembro del Parlamento representa a la Nación, y que el artículo 98 afirme que “los empleados públicos están al servicio exclusivo de la Nación”. Los parlamentarios como los funcionarios públicos representan jurídicamente al sujeto incapaz de obrar en cuyo interés desarrollan sus funciones y no a los sujetos que han determinado su elección y su nombramiento, precisamente del mismo modo que en la representación legal el tutor representa jurídicamente al menor o al incapacitado en cuyo interés ejerce sus propias funciones y no, como es obvio, el juez tutelar que ha dispuesto su nombramiento.

⁵⁴ Sobre la estrecha conexión entre el voto del cuerpo electoral y el ejercicio de las funciones representativas, véase G. Ferrara, *Gli atti costituzionali*, cit., págs. 4-16.

jurídicos idóneos para hacer valer la responsabilidad por representación y ante el que el representante “responde” de su actuación. Naturalmente, esto no es posible —tanto en el derecho constitucional como en el derecho mercantil— en la representación de órganos o de personas jurídicas, ya que el sujeto al que se imputan los efectos jurídicos de los actos del representante no es una persona física. Por tal razón los instrumentos jurídicos idóneos para hacer valer esta particular forma de responsabilidad por representación que llamamos “responsabilidad política” se atribuyen al sujeto representado políticamente, esto es, al que dispuso el nombramiento o la elección del representante⁵⁵.

Estos no son más que los medios atribuidos a los sujetos representantes políticamente para controlar, dirigir, condicionar o destituir a los representantes jurídicos de los órganos representativos, del mismo modo que en la representación voluntaria de derecho civil el representado está dotado de instrumentos jurídicos para controlar y condicionar la actividad del representante y juzgar el buen ejercicio de sus funciones, es decir, para hacer valer su responsabilidad por representación.

VIII. LA RELACION DE RESPONSABILIDAD POLITICA COMO MANIFESTACION DE UNA RELACION DE REPRESENTACION POLITICA

Concebir el fenómeno de la responsabilidad política como la consecuencia de una relación de representación política, comporta, según he tratado de argumentar, una reconsideración de lo que Rescigno llama “relación de responsabilidad política”. Como él sostiene, ésta puede ser vista como un proceso continuo que se manifiesta de innumerables formas y no sólo en la de la sanción; a condición, no obstante, de enlazar esta relación con la más general relación representativa que liga al sujeto responsable con el sujeto por él representado⁵⁶.

En esta perspectiva, la “juridicidad” de la responsabilidad política se revela no sólo en la consideración de la regulación jurídica de los instrumentos de que dispone el sujeto representado políticamente que permiten activar este tipo de responsabilidad, sino sobre todo en la “juridicidad” de la relación representativa de la que la responsabilidad política es producto. Como antes se ha visto, la representación política no sólo está regulada por normas jurídicas como las relativas a los sistemas electorales, sino que está anclada a una relación jurídica que liga a los representantes a los órganos a los que se imputan los actos realizados por ellos y en la que las funciones atribuidas al representante están determinadas jurídicamente. En ausencia de este mecanismo no puede haber relación de responsabilidad política, del mismo modo que no habría responsabilidad alguna del administrador de una sociedad mercantil ante los socios que lo han elegido si él no actuase jurídicamente en nombre y por cuenta de la sociedad y sus funciones no estuvieran determinadas por las normas del Código Civil.

Naturalmente, seguiremos distinguiendo entre responsabilidad jurídica por actos ilícitos y predeterminados, como en el caso de los representantes que en el ejercicio de sus funciones hubieran realizado actos ilícitos, y responsabilidad política de los mismos representantes por el modo en que desarrollen las funciones que les están encomen-

⁵⁵ La teoría del órgano, en cambio, al postular la identificación del titular del órgano y el órgano abstractamente considerado y al desconocer la existencia de una relación de representación jurídica entre estos dos sujetos no puede si no excluir también la existencia de instrumentos jurídicos dirigidos a hacer valer la responsabilidad por el modo en que resulten desempeñadas las funciones representativas.

⁵⁶ En cambio, según G. U. Rescigno, *Responsabilità (diritto costituzionale)*, cit., pág. 1347, lo que da unidad a este proceso es “la convicción de que son partícipes todos los sujetos implicados, tanto los que deben responder como los que hacen valer tal responsabilidad, de que los actos singulares tienen sentido en tanto están vinculados dentro de esta general relación de responsabilidad política que liga a los que ejercen el poder político y a los ciudadanos electores que legitiman este poder”. En el mismo sentido F. Lanchester, *Rappresentanza politica*, cit., pág. 12.

dadas. Esto no quita que puedan producirse casos en los que los dos tipos de responsabilidad concurren en un mismo supuesto y casos en los que se manifieste solamente un tipo de responsabilidad.

Así pues, hay que volver sobre la cuestión relativa a la responsabilidad política del Gobierno frente al Parlamento y al papel que corresponde en esta relación a los momentos e instrumentos jurídicamente disciplinados que caracterizan a la actividad no legislativa del Parlamento. A mi juicio, la reconstrucción de la responsabilidad política como forma particular de *responsabilidad por representación* nos permite no sólo reconocer en ella la naturaleza jurídica, sino también entender los instrumentos a través de los que la misma se hace valer, no ya —según dice Rescigno— como “institutos jurídicos sirvientes” que “desde el exterior” hacen que funcione mejor, sino, al contrario, como manifestaciones de una relación jurídica representativa. En el caso de la relación entre Gobierno y Parlamento las preguntas, las interpelaciones, las mociones, las comisiones de investigación pueden hacer surgir una responsabilidad política del Gobierno, pero no porque sean institutos jurídicos sirvientes de la responsabilidad política, sino porque son en sí mismas articulaciones de la relación políticamente representativa que liga el Gobierno al Parlamento. Es obvio que estos institutos no están exclusivamente destinados a hacer surgir una responsabilidad política del Gobierno sino que sirven también a otras exigencias del Parlamento, como las informativas, las de dirección y de control político sobre la acción del Gobierno, a su vez manifestaciones —al igual que el fenómeno de la responsabilidad política— de la relación representativa que liga al ejecutivo a las asambleas parlamentarias. Es por lo que esta tesis nos permite reconducir a unidad todas las múltiples articulaciones de la relación entre Parlamento y Gobierno: tanto las funciones de control ejercitadas en forma legislativa o no legislativa, como todas las de inspección, cognoscitivas y de dirección desarrolladas por las Cámaras, ya no aisladamente consideradas sino referidas al ámbito de la relación general de representación política que liga al Gobierno al Parlamento.

Además nos permite ver con otros ojos la pluralidad de las relaciones de responsabilidad política presentes en nuestro ordenamiento. En la doctrina italiana hay quien contrapone dos diversos significados de responsabilidad política: en el primero ésta se entiende como la relación de control entre los titulares de un órgano provisto de poder político responsables frente a los titulares de un órgano de control en virtud de la cual los primeros tienen “un deber de información y de rendir cuenta, y pueden ser sometidos, por los titulares del segundo órgano, a consecuencias negativas como la desaprobación, la censura, la pérdida del cargo, etc.”⁵⁷; en el segundo significado, en cambio, por responsabilidad política se entiende la “posición de los titulares de un órgano, cuando la titularidad del mismo es periódicamente atribuida o re-atribuida por nombramiento o elección, frente a los titulares del poder de nombramiento o de elección”⁵⁸. Pero considerar la responsabilidad política como el producto de una compleja relación representativa permite reconducir a unidad los dos diversos significados: de una parte, la relación de control es delineable como una relación de responsabilidad política en tanto que subsista, entre el sujeto responsable y el sujeto que controla, una relación representativa, como en el caso de la relación de confianza entre Gobierno y Parlamento; de otra, la relación representativa que liga a los representantes políticos con los electores implica necesari-

⁵⁷ U. Scarpelli, *Riflessioni sulla responsabilità politica*, cit., pág. 73. También es referible a este primer significado la noción de responsabilidad política institucional elaborada por G. U. Rescigno, *La responsabilità politica*, cit., págs. 65-113.

⁵⁸ Según U. Scarpelli, *Riflessioni sulla responsabilità politica*, cit., págs. 76-77, los dos significados se refieren a relaciones y a fenómenos diversos. En cambio, asocian los dos significados G. Ferrara, *Il Presidente dell'Assemblea Parlamentare*, cit., pág. 58, y D. Nocilla, *Brevi note in tema di rappresentanza e responsabilità*, cit., pág. 567.

riamente una relación de responsabilidad política, incluso si, como en el caso de las elecciones de las asambleas parlamentarias, el único instrumento jurídico que los electores pueden utilizar para juzgar la conducta del representante y hacer valer su responsabilidad política se reduce a la no reelección parlamentaria⁵⁹.

En conclusión, si es la relación representativa lo que determina los diferentes tipos de responsabilidad política, éstos se caracterizan por los diferentes tipos de representación política de que son manifestación. En esta clave asumen un papel esencial las funciones ejercidas por los sujetos representativos responsables, las modalidades de nombramiento y de elección de los representantes y, en fin, también los instrumentos jurídicos a disposición de los sujetos colectivos —cuerpo electoral, parlamento o ayuntamiento— por los que los representantes han sido elegidos, nombrados o de los que son expresión y que estos sujetos pueden utilizar para constreñir a sus representantes —parlamentario, gobierno, alcalde— a responder políticamente por la actividad que desempeñan. En suma, el grado de eficacia de la responsabilidad política de los órganos representativos está determinado por los instrumentos jurídicos de que disponen los órganos representados políticamente para constreñir a los representantes a cambiar su línea de conducta, o para imponerles la pérdida del cargo.

IX. LA RESPONSABILIDAD POLITICA DEL GOBIERNO Y EL PERMANENTE CONTROL DE SU REPRESENTATIVIDAD. EL PAPEL DE LOS INSTRUMENTOS PARLAMENTARIOS NO LEGISLATIVOS

Los rasgos específicos de los diversos tipos de responsabilidad política cambian con la diversa naturaleza de la relación representativa. En particular, la especificidad de la forma de responsabilidad política que es propia de las democracias parlamentarias está ligada a las particulares características de la relación fiduciaria que media entre Gobierno y Parlamento. A diferencia de las demás formas de representación política, como por ejemplo la de los parlamentarios frente a los electores o, en las formas de gobierno presidencial, la del presidente en relación con el cuerpo electoral, en las que la responsabilidad de los electos se verifica sólo en el momento de las elecciones, resolviéndose durante toda la duración del cargo en una presunción de representatividad, en la relación de confianza la representatividad de la dirección política del gobierno frente a la mayoría parlamentaria es siempre verificable y por eso puede decirse permanente⁶⁰. En efecto, el cuerpo electoral no tiene en relación con los parlamentarios ni con los presidentes elegidos directamente ningún instrumento jurídico para hacer valer la responsabilidad política de los propios representantes antes del fin de su mandato. Por tanto, no puede constreñirles a cambiar su línea de conducta ni determinar su cese, teniendo que conformarse en estos casos exclusivamente con instrumentos de presión política no jurídicos, todos genéricamente referibles a la genérica libertad de crítica⁶¹. En

⁵⁹ Algunos autores y, en particular, M. Galizia, *Studi sui rapporti tra Parlamento e Governo*, Giuffrè, Milano, 1972, y después P. Caretti, *Responsabilità politica*, cit., pág. 3, han visto en el referendium abrogatorio un ulterior instrumento jurídico para hacer valer la responsabilidad política de los parlamentarios en ejercicio que hayan votado la ley sometida a consulta popular. Una tesis que no hace sino valorar la conexión aquí propuesta entre relación representativa y relación de control.

⁶⁰ A este propósito es indicativo que quepa “hablar de forma de gobierno parlamentario sólo cuando la titularidad del poder ejecutivo se conciba como una *emanación permanente* (mediante relación de confianza) del o de los colegios titulares del poder legislativo” así L. Elia, *Governo (forme di)*, en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1970, vol. XIX, pág. 642.

⁶¹ Por lo demás, esto explica la importancia siempre creciente que han adquirido los medios de comunicación de masas en la vida de las modernas democracias representativas, en las que las auténticas y eficaces vicisitudes de la responsabilidad política se desarrolla a través de los periódicos, la televisión, la radio. En este sentido, la libertad de crítica, la posibilidad de acceso a los medios de comunicación y en general las problemáticas ligadas a las garantías del pluralismo informativo constituyen hoy algunos de los temas centrales en que debe cimentarse la doctrina constitucionalista.

la relación de confianza, en cambio, el Parlamento puede servirse constantemente, no sólo de la moción de censura, sino de una pluralidad de instrumentos jurídicos para hacer valer la responsabilidad política del Gobierno sin solución de continuidad. La disponibilidad de estos instrumentos —tal como son delineados en nuestra forma de gobierno— debería por tanto permitir a las Cámaras influir profunda y constantemente en la actividad del Gobierno y poder determinar en todo momento la destitución.

A tenor de estas consideraciones es posible distinguir diversos grados de responsabilidad política para describir las múltiples relaciones representativas que caracterizan a las diferentes formas de gobierno. Habrá responsabilidad política en sentido fuerte allí donde los representantes puedan destituir de su cargo a los representados y estén dotados de instrumentos jurídicos aptos par condicionar, dirigir y controlar constantemente su actuación, como sucede, por ejemplo, entre Gobierno y Parlamento en la forma de gobierno parlamentaria. En cambio, habrá responsabilidad política en sentido débil cuando el representado únicamente pueda determinar la no reelección del representante, que continuará ejerciendo como tal hasta el final de su mandato, y no existan instrumentos jurídicos que permitan al representado condicionar, dirigir o controlar la actuación de aquél, como sucede, por ejemplo, en la relación entre presidente y cuerpo electoral en las formas presidencialistas de gobierno⁶².

Por lo que se refiere a la forma de gobierno diseñada por la Constitución italiana, la posibilidad de verificar de forma permanente la relación de confianza y, por tanto, la representatividad del Gobierno, está asegurada, no sólo por algunas leyes, que, sin duda, forman parte de los actos de dirección política más importantes⁶³, sino, de un lado, por los instrumentos no legislativos, con los que el Parlamento puede hacer valer la responsabilidad política del Gobierno y, por tanto, la adecuación de la actividad del ejecutivo a la dirección política concordada en el momento de la moción de confianza; y del otro, por los instrumentos con que el gobierno, a través de la mayoría que lo sustenta, impone su propia dirección política a las Cámaras reivindicando su propia responsabilidad política⁶⁴. Son estos instrumentos los que contribuyen a hacer que la responsabilidad política ligada a la representación parlamentaria sea única en su género, en cuanto a intensidad, certeza, oficialidad, verificabilidad y continuidad y a asegurar el altísimo grado de representatividad del Gobierno en relación con la mayoría parlamentaria que lo sostiene, sin equivalente en las demás relaciones representativas que se conocen en el derecho público. Además, el conjunto de estos instrumentos da

⁶² Es interesante señalar que en las otras formas de responsabilidad por representación propias del derecho civil y del derecho mercantil la responsabilidad es por regla en sentido fuerte. Piénsese, por ejemplo, en los administradores de sociedades mercantiles que pueden ser en todo momento destituidos de su cargo. En el derecho público y, en general, en la política, la responsabilidad es por regla en sentido débil y sólo raramente, como en el caso de la relación de confianza, en sentido fuerte.

⁶³ La ley de presupuestos y las leyes que autorizan la ratificación de los tratados internacionales entran de lleno en la función de control político del Parlamento sobre el Gobierno e inciden sin duda en el desarrollo de la relación de confianza.

⁶⁴ Pertenecen al primer grupo los instrumentos no legislativos de control político del Parlamento sobre el Gobierno: ante todo la moción de censura, que al poder presentarse en cualquier momento constituye la más importante garantía o si se quiere la amenaza más eficaz que las Cámaras pueden utilizar para obligar al Gobierno a ajustar su actividad a la dirección política parlamentaria; en segundo lugar, aquellos instrumentos previstos en los reglamentos parlamentarios, que la doctrina más reciente considera sobre todo instrumentos de dirección política, como las mociones, las resoluciones y los órdenes del día; en fin, los instrumentos cognoscitivos, de inspección y de dirección, como las preguntas, las interpelaciones, las comisiones parlamentarias de investigación y las múltiples actividades de toma de conocimiento y de fiscalización desarrolladas por las comisiones parlamentarias. Al segundo grupo pertenecen, en primer lugar, los institutos que asignan al gobierno el derecho de presenciar todos los trabajos de las Cámaras y de tomar la palabra en el momento que la pida, como forma de poder influir sistemáticamente en el curso de las tareas parlamentarias; en segundo lugar, la cuestión de confianza, con la que es el Gobierno el que pone a discusión el estado de la relación fiduciaria, amenazando con dimitir en el caso de que el Parlamento tome una decisión no compartida por el Gobierno acerca de una cuestión de las consideradas esenciales para la actuación de la propia dirección política. La disciplina de gran parte de estos instrumentos está contenida en los reglamentos parlamentarios.

cuenta de la reciprocidad que media entre Parlamento y Gobierno en el poder de verificación de la relación fiduciaria. Esta reciprocidad tiene su fundamento en la necesaria colaboración entre ejecutivo y legislativo al delinear la dirección política, que es el rasgo característico de la forma de gobierno parlamentaria.

En fin, es a través del análisis de estos instrumentos mediante los que el Parlamento hace valer la responsabilidad política del Gobierno y de aquellos a través de los cuales el ejecutivo reivindica su propia responsabilidad en la definición de la dirección política, como se pueden distinguir las diversas formas de gobierno parlamentario. En los sistemas parlamentarios en los que la moción de censura sea utilizable sin condicionamiento alguno y el Parlamento disponga de instrumentos eficaces de control y de dirección del ejecutivo, el Gobierno será fuertemente responsable frente a las asambleas parlamentarias. Cuando, en cambio, la moción de censura esté sujeta a condicionamientos y limitaciones (poder de disolución del jefe del gobierno, moción de censura constructiva, etc.) y los instrumentos de control y de dirección a disposición del Parlamento sean pocos o escasamente eficaces, el ejecutivo será débilmente responsable ante las asambleas parlamentarias. Obviamente, los diversos sistemas parlamentarios tienden a equilibrar de distintas maneras los elementos que inciden en el mecanismo de la responsabilidad a fin de conciliar la representatividad de la conducta del ejecutivo en relación con las orientaciones procedentes del Parlamento con la autonomía del Gobierno al definir y actuar la propia dirección política⁶⁵.

El análisis realizado nos ha permitido delinear un esquema formal de la relación representativa que liga al Gobierno con el Parlamento. Dentro de este esquema la moción de confianza y la de censura constituyen los principales instrumentos de la actividad no legislativa del Parlamento dirigidos a regular el funcionamiento de la relación de responsabilidad política en la fase de instauración y en la de cese de la relación representativa que son las que con mayor frecuencia han ocupado a la doctrina. Pero no debe dejarse de lado el papel que juegan en el ordenamiento italiano los demás procedimientos no legislativos de las Cámaras, como instrumentos idóneos para hacer valer la responsabilidad política del ejecutivo y para asegurar la permanente verificabilidad de la relación de confianza. En efecto, en la relación entre Gobierno y Parlamento es bastante raro que la responsabilidad política se suscite con objeto de hacer caer al ejecutivo. Habitualmente, hacer valer su responsabilidad significa asegurar la adherencia de la dirección política del Gobierno a la trazada por la mayoría parlamentaria. En este sentido, los instrumentos no legislativos tienen un papel central porque no están necesariamente dirigidos a provocar la caída del ejecutivo, sino más bien a condicionar, orientar y controlar su actividad para adecuarla a las directrices mayoritarias en el Parlamento.

Así pues, en la responsabilidad política del Gobierno frente al Parlamento se halla la característica común a las demás formas de responsabilidad por representación, en las que la exigencia de responsabilidad no tiene como único objetivo poner fin a la relación representativa, sino hacer tal relación permanentemente verificable como modo de mejorar su funcionamiento.

⁶⁵ El concreto funcionamiento de la responsabilidad política está, además, fuertemente condicionado por la naturaleza de las mayorías parlamentarias. En efecto, serán muy diversos los mecanismos de responsabilización de un ejecutivo sostenido por una coalición de partidos, como normalmente ocurre en Italia, y los de un ejecutivo expresión de un partido que por sí sólo cuenta con la mayoría parlamentaria y en los que el jefe del gobierno es también el jefe del partido mayoritario, como en el caso inglés o en el español. Para un detenido análisis de la evolución de la responsabilidad política del Gobierno en el sistema parlamentario español, véase R. Bustos Gisbert, *La responsabilidad política*, cit.

Responsabilidad política y responsabilidad penal: dos conceptos radicalmente distintos

Rafael BUSTOS GISBERT

Resulta aventurado, en los tiempos que corren, abordar un tema tan controvertido como las relaciones entre las vertientes penal y política de la responsabilidad del gobierno y de sus miembros. La ya dilatada experiencia del parlamentarismo español bajo la Constitución de 1978 debería darnos las pautas reguladoras de esta materia. Pautas que habrían de ser necesariamente convencionales, derivadas de la costumbre constitucional que paulatinamente los diversos actores políticos y constitucionales hubieran ido sentando a través de prácticas primero voluntarias y, posteriormente, obligatorias en el sentido político del término para concluir en obligaciones jurídicas no escritas. Sin embargo, el camino seguido en la experiencia española ha sido radicalmente diferente.

1. EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD POLITICA: UNA CONVENCION CONSTITUCIONAL INHERENTE AL SISTEMA REPRESENTATIVO EN LA FORMA DE GOBIERNO PARLAMENTARIA

Para esclarecer el concepto de responsabilidad política nada mejor que acudir a las fuentes originarias de que fijaron su contenido (demasiado a menudo desconocido o sometido a puras simplificaciones —su identificación con la dimisión—) y que indudablemente se encuentran en el Reino Unido puesto que en este país constituye una de las claves fundamentales del sistema de gobierno. Los factores que confluyen para dar tal importancia a esta figura son varios y de muy diverso contenido. No tendría sentido examinar aquí todos ellos por lo que nos limitaremos a apuntar algunos de sus aspectos más relevantes.

En Gran Bretaña no existe Constitución escrita, al menos no en el sentido continental del término. Este bien conocido hecho no es en absoluto irrelevante a la hora de situar el tema objeto de estudio pues permite explicar por qué la responsabilidad política ocupa una posición esencial para el adecuado, y teóricamente coherente, funcionamiento del sistema constitucional británico. El componente único de esta Constitución no escrita (incluso complementario de esta falta de documento constitucional formal) es, sin duda, el principio de supremacía del Parlamento. Principio que en la concepción constitucional británica impide la imposición de límites constitucionales a la actividad del Parlamento¹.

Junto a la idea de supremacía del Parlamento debe destacarse el *secreto eficiente de la Constitución británica* en la definición de Bagehot². Esto es, la fusión entre los poderes legislativo y ejecutivo mediante la institución del gabinete.

¹ Esta es una posición unánime en la doctrina británica. Véase por todos la clásica obra de A. W. Dicey, *Introduction to the study of the constitution*, 10ª edición, Macmillan, Londres, 1965. La expresión tradicional inglesa de la supremacía del Parlamento es la de *King in Parliament*. Es decir, la confluencia de las voluntades del Rey y de las dos cámaras parlamentarias. La evolución democrática ha conducido a que esta supremacía hoy se refiera fundamentalmente a la Cámara de los Comunes. El Monarca y la Cámara de los Lores han quedado en posiciones totalmente subordinadas.

² "The efficient secret of the english constitution may be described as the close union, the nearly complete fusion, of the executive and legislative powers". W. Bagehot, *The english Constitution*, Collins-The Fontana Library, Londres, 1867 pág. 65.

La ausencia de una Constitución escrita, la supremacía del Parlamento y la profunda unión entre éste y el ejecutivo convierten a la doctrina de la responsabilidad política en un elemento fundamental del sistema constitucional del Reino Unido. Es esta doctrina la que rige las relaciones entre ese legislativo supremo, sin límites constitucionales a su actividad y el colegio designado de entre sus miembros para la dirección política del país.

La doctrina de la responsabilidad política, al definir esa relación, actúa como auténtico contrapeso político frente a los posibles excesos del ejecutivo. Complementariamente, la responsabilidad política permite la profundización en uno de los valores fundamentales del constitucionalismo británico: la idea de poder o gobierno representativo³.

En efecto, sistema representativo y responsabilidad política están profundamente vinculados⁴, especialmente en un sistema que no distingue tajantemente los diferentes poderes del Estado. La legitimidad democrática del sistema se basa en el carácter representativo de los poderes directores del Estado. Pero, esa legitimidad viene necesariamente acompañada de la obligación de que éstos respondan de sus acciones ante el electorado. Directamente en el caso del poder legislativo (en elecciones generales) o indirectamente en el caso del poder ejecutivo (ante la asamblea representativa) a través precisamente, de la responsabilidad política. Por ello, la idea de sistema representativo exige en un parlamentarismo, obligatoriamente, la presencia de un Gobierno responsable ante el Parlamento.

No puede, pues, extrañar la enorme importancia de la doctrina de la responsabilidad política, ni la enorme complejidad de los problemas derivados de la formulación de su contenido⁵. Un primer problema en el análisis de la responsabilidad política lo encontramos en el propio sentido de la propia palabra responsabilidad. Como señala Birch⁶, en principio podemos distinguir hasta tres sentidos distintos, pero muy relacionados, en el término gobierno responsable.

1. Como descripción de un sistema de gobierno en el que la administración y el ejecutivo responden de su actividad frente a las demandas del público. Esto es, un gobierno capaz de cubrir las necesidades y dar cumplimiento a las aspiraciones de los ciudadanos.

2. Como concepto de índole moral en virtud del cual los ministros son los encargados de buscar y realizar una política adecuada para la resolución de los problemas con independencia de que cuenten con la aprobación inmediata de los ciudadanos.

3. Como obligación de que el Gobierno/Poder ejecutivo responda de su actuación, conjunta o individualmente, ante la asamblea representativa.

Lógicamente, este tercer significado es el que más nos interesa desde la perspectiva del análisis jurídico-constitucional de la doctrina de la responsabilidad política. Conviene, por ello, matizar un poco más cuál es el sentido de esta obligación de “responder” ante la asamblea representativa. La doctrina inglesa diferencia varios contenidos, profundamente conectados, tras esta obligación de responder. Más que de contenidos propiamente dichos, son facetas o manifestaciones de una misma realidad: la responsabilidad del Gobierno. Veamos estos tres elementos o matices:

i) En primer término, responsabilidad política significa una obligación de responder, de *contestar* (*answerable to*) al Parlamento. Los miembros del gobierno han de contestar

³ La expresión inglesa es *representative Government*. No tiene fácil traducción. No se refiere al ejecutivo sino a todo el sistema político. Por ello, en las páginas siguientes lo traducimos como Poder representativo o Sistema representativo.

⁴ Sobre este tema es obligada la consulta de la obra de A.H. Birch, *Responsible and Representative Government, an Essay on the British Constitution*, University of Toronto, Toronto, 1969, donde se realiza un pormenorizado análisis de la conexión entre ambas, especialmente a través del estudio de las doctrinas filosóficas y políticas subyacentes tras la construcción del sistema británico de Gobierno representativo a partir, sobre todo, de la filosofía utilitarista de Bentham y James Mill y su reformulación en John Stuart Mill.

⁵ Buena prueba de ello es la abundantísima bibliografía sobre la cuestión y los numerosos debates abiertos sobre el contenido, límites y juridicidad de la doctrina.

⁶ A.H. Birch, *Responsible an Representative Government*, op. cit. Especialmente, págs. 17-20, pero esta distinción está presente en toda la obra.

a las preguntas realizadas por el Parlamento (sean preguntas propiamente dichas o debates, y sean en pleno o en comisiones) a través de los parlamentarios individuales.

ii) En segundo lugar, la responsabilidad significa que los miembros del gobierno han de *dar cuentas* (*account to*) de su actividad ante el Parlamento.

iii) En tercer lugar, responsabilidad significa que los miembros del gobierno han de *dimitir* si el Parlamento considera que han cometido errores en su gestión. Es decir, los ministros responden *ante* el Parlamento *por* sus actos en el sentido de que pueden ser censurados por aquél (*answerable for* o *censurable for*).

Estas tres facetas no son fácilmente separables. Son tres manifestaciones distintas de la responsabilidad del gobierno que se entrecruzan constantemente en la dinámica política. Tampoco cabe hacer una graduación entre ellas porque cumplen funciones diferentes. La primera provee información, la segunda explica la actuación del gobierno y la tercera constituye una sanción o una amenaza de sanción influyente en la actuación del gobierno.

Esta noción de responsabilidad política se asienta en una distinción clave entre la responsabilidad legal y la convencional. Distinción que deriva de los orígenes históricos de la doctrina de la responsabilidad. Tales orígenes podemos encontrarlos en el siglo XVII. En aquel momento el conocido aforismo de que el Rey no puede cometer error alguno ni causar daño (*The King can do no wrong*) exigía la presencia de personas encargadas de asumir la responsabilidad por los actos del Rey. La forma tradicional de exigir la responsabilidad en estos casos era el *impeachment* del Ministro (entonces simple consejero del Rey) por los Comunes ante la cámara de los Lores⁷. Así nació, según Marshall, la noción del ministro como sujeto responsable ante el Parlamento. En cuanto los miembros del gabinete tuvieron que contar con la confianza parlamentaria para mantenerse en el cargo, el *impeachment* dejó de tener buena parte de su sentido: la dimisión del ministro debido a sus errores era considerada sanción suficiente. Este es el origen de la responsabilidad *convencional*.

Junto a esta responsabilidad, derivada de la subordinación del ministro al Parlamento, se encuentra la responsabilidad *legal o jurídica*: el ministro es responsable por sus actos culposos o dolosos igual que cualquier otro ciudadano. Es decir, los ministros pueden ser sujetos de un proceso penal o civil por sus actos en el ejercicio de sus cargos, incluidos los referendos a los actos del monarca.

En el Reino Unido ambas formas de responsabilidad están plenamente diferenciadas y no se mezclan porque responden a finalidades y lógicas totalmente distintas. La responsabilidad legal no sería, en palabras de Dicey⁸, más que una concreción del principio de *rule of law*. La responsabilidad convencional, por el contrario, se encuadra en las relaciones entre el poder ejecutivo y el legislativo y, en última instancia, en el principio de Gobierno representativo.

2. RESPONSABILIDAD POLITICA SOLIDARIA O COLECTIVA Y RESPONSABILIDAD POLITICA INDIVIDUAL: DOS CONVENCIONES DISTINTAS, PERO COMPLEMENTARIAS

La responsabilidad política así concebida presenta una doble faceta: la solidaria y la individual. La primera se refiere a las formas y condiciones en las que el gobierno como colegio lleva a cabo su obligación de responder ante el parlamento y se asienta, como apunta Marshall, en una triple regla: la unidad del gobierno en la defensa de las políti-

⁷ Véanse G.Marshall, "Introduction" en la obra editada por este autor *Ministerial Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 1984, pag. 2 y R.K. Aldermann y J.A Cross, *The tactics of resignation. A study in British Cabinet Government*, Londres, 1967, pág. 3.

⁸ *Introduction to the study...* op. cit. págs. 325-327.

cas aprobadas en su seno (*unanimity rule*) la confidencialidad en las discusiones del gabinete (*confidentiality rule*) y la necesidad de gozar de la confianza de la Cámara baja (*confidence rule*)⁹.

La responsabilidad individual define las formas y condiciones en las que cada Jefe de un departamento ministerial lleva a cabo su obligación de responder por su actuación en el ejecutivo. Dichas formas se asientan en la idea, ya formulada por John Stuart Mill, de que la responsabilidad sería inexistente si nadie supiera quien es el responsable, tampoco sería real si se dividiera porque se debilitaría, por lo que *para mantenerla en su más alta efectividad, tiene que haber una sola persona que reciba todos los elogios por lo bien hecho y toda la crítica por los errores*¹⁰. De este modo se realizan varias asunciones esenciales para comprender esta vertiente de la convención¹¹: se produce una identificación entre el departamento ministerial y su titular, por lo que el ministro es el único objeto del control parlamentario, no los funcionarios ni los altos cargos a él subordinados¹² siendo los actos de estos imputables no a quién los realizó, sino al Jefe del Departamento. Tal cosa aparecía claramente establecida en la alocución de Bernal Osborne (parlamentario conservador) en 1873: *Esta cámara no tiene nada que hacer con Mr. Scudamore [un funcionario]. El no es responsable ante nosotros. Nosotros tenemos que mirar a las cabezas de los Departamentos*¹³. Como señaló, gráficamente, Herbert Morrison, *el ministro es responsable por cada sello pegado en su departamento*¹⁴.

La sanción parlamentaria al jefe del departamento ministerial era la dimisión. Esta dimisión podía ser forzada o voluntaria y derivarse tanto de errores del ministro como del departamento. Como es evidente, este aspecto sería el reflejo en la responsabilidad individual de la regla de la confianza en la responsabilidad colectiva. Los ministros se mantienen en su cargo en tanto disfruten de la confianza del primer ministro y del Parlamento. Cuando éste les retira su confianza, deben dimitir.

La retirada de confianza puede ser fruto de un voto de censura individual de tipo formal aprobado por la cámara baja. Junto a este sistema hay otro instrumento tradicional: la aprobación, en primera lectura, de una proposición de ley reduciendo sustancialmente el sueldo de un determinado ministro porque la cámara no está conforme con la forma en que desempeña sus funciones. En este sentido, el ministro *no se habría ganado el sueldo*¹⁵. Se trataría, pues, de una moción de censura individual tácita. Si la propuesta es aprobada en dicha primera lectura, se considera que el ministro carece de la confianza de la cámara y, como no puede ser de otra forma en la lógica parlamentaria, dimite.

La dimisión puede venir provocada por actos propios y por actos del departamento ministerial que encabeza. La dimisión resultado de errores departamentales en los que el ministro no está involucrado es un corolario lógico de que sólo él responde ante el Parlamento por las acciones u omisiones del departamento.

⁹ G. Marshall, *Constitutional Conventions*, Clarendon Press, Oxford, 1985, págs. 55 y ss. Sobre estas cuestiones nos hemos ocupado con detenimiento en *La responsabilidad política del Gobierno: ¿realidad o ficción?*, Madrid, Colex, 2001.

¹⁰ J.S. Mill, *Considerations on Representative Government*, hemos utilizado la edición de J. Gray, *On Liberty and other essays*, University Press, Oxford, 1991, pag. 394.

¹¹ Sobre estos aspectos véase, con carácter general, S.E. Finer, "The individual responsibility of Ministers" en *Public Administration*, 1956, págs. 377 y ss ; A.H. Birch, *Representative and...*, op. cit. págs. 139 y ss y K.C. Wheare, *Maladministration and its Remedies*, Stevens & Sons, Londres, 1973, págs. 49 y ss.

¹² La responsabilidad individual afecta sólo a los ministros titulares de departamentos. Los *junior ministers* pueden intervenir en los debates en ayuda de su *senior minister* e incluso dimitir, pero no son los constitucionalmente responsables.

¹³ Citado por Finer, "The individual..." art. cit. pag. 380. En concreto el funcionario (Scudamore) se había apropiado de fondos del servicio postal.

¹⁴ H.C. Deb., Vol. 530, col 1274, 20 de julio de 1954 durante el debate del famoso *Crichel Down case*.

¹⁵ Véase, J. De Smith y R. Brazier,, *Constitutional and Administrative Law*, 7ª edición, Penguin, Londres, 1994, pag. 199.

Finer expone con claridad estas ideas en el planteamiento clásico¹⁶. En éste la responsabilidad se componía de tres elementos: (i) Los ministros han de explicar y defender el ejercicio de sus poderes y deberes ante el Parlamento. (ii) Un ministro que haya perdido la confianza de la Cámara puede ser obligado a dimitir mediante una moción de censura o por otros medios. (iii) La segunda proposición puede ocurrir como consecuencia de la primera.

La doctrina así formulada, continúa Finer, es una perogrullada. Para que sea una verdadera convención, la segunda proposición debe tender a ocurrir como resultado de la primera. En este sentido es en el que la dimisión aparece como un elemento de la doctrina de la responsabilidad. Responsable significa, pues, también "la tendencia o posibilidad de perder el cargo" (*liability to lose office*). Tendencia a perder el cargo que se produce tanto por los errores personales del ministro, como por los del departamento sin su participación directa. Por ello se convierte en una especie de responsabilidad *vicarial* o *putativa* debido a la identificación entre el departamento y el ministro en tanto cabeza del mismo¹⁷.

Por todo ello, la responsabilidad de la que hablamos no es un concepto exclusivamente jurídico. No lo era en su origen y sigue sin serlo hoy. La responsabilidad no hace referencia a la tradicional responsabilidad del ámbito del derecho privado, ni siquiera del penal. Su calificación como *política* implica la incorporación de unos matices que hacen imposible cualquier traslación acrítica de ninguna otra figura. La multitud de significantes conferidos al mismo concepto en el Derecho constitucional inglés así lo demuestra. *Responsibility, liability, answerability* y *accountability* son todos conceptos utilizables e intercambiables cuando vienen acompañados de su carácter político. No estamos hablando de una responsabilidad por incumplimiento de contratos, ni de daños, ni penal. Estamos hablando de otra cosa. Estamos examinando una *convención constitucional* no sólo un conjunto de normas constitucionales.

La responsabilidad política es calificada por los autores británicos como una *doctrine*, un conjunto de reglas (no una sola) regidoras del comportamiento del ejecutivo en el sistema parlamentario. Se acuña en la lenta evolución de una forma de gobierno (la parlamentaria) en un concreto tipo de Estado (la monarquía parlamentaria en evolución) en un determinado lugar (el Reino Unido) y tiempo (fundamentalmente los siglos XVIII, XIX llegando incluso, en cierta medida, hasta la primera mitad del XX). En este contexto la doctrina de la responsabilidad política es una *doctrina de defensa* del gobierno *emparedado* entre dos órganos más poderosos (el monarca y el parlamento). La vertiente colectiva de la responsabilidad (solidaria en nuestra terminología constitucional) permitía defender al colegio gubernamental frente al monarca cuando éste pretendía influir directamente en el mismo. La oposición al rey de un frente unido en el que la oposición del monarca para hacer prevalecer su voluntad provocaría el cese de todo el colegio gubernamental ofrecía a éste una posición de fuerza que de otra manera nunca podría haber asumido. La desidia de algunos de los monarcas ingleses (particularmente en los primeros reyes de la casa de Hannover) permitió la consolidación de una situación de independencia progresiva frente a los caprichos regios que se vería totalmente asentada con la segunda reforma electoral (1867) que culminaría la lenta, pero inexorable decadencia de la influencia regia¹⁸ en los asuntos de gobierno. Sin embargo, esta regla de la unidad, de la responsabilidad solidaria del colegio gubernamental, será también una inmejorable arma de defensa del ejecutivo frente al Parlamento. La

¹⁶ S.E. Finer, "The individual...", págs. 378-379.

¹⁷ Marshall habla, gráficamente, de "corte de cabezas putativo" (*vicarious headrolling*) para describir la situación en la que se encontraría un ministro dimitido como consecuencia de un error del Departamento sin su participación. Introducción a G. Marshall (ed.), *Ministerial Responsibility*, University Press, Oxford, 1989, pag. 10. Véase también su opinión respecto a este tipo de responsabilidad en *Some Problems on...*, op. cit. págs. 66-67.

¹⁸ Como la más desafortunada ley del ministro Disraeli la calificaría la reina Victoria consciente del efecto sobre su capacidad de influencia real en el Gobierno.

amenaza de dimisión suponía un freno a la capacidad de influencia parlamentaria sobre el gobierno, particularmente, si esta amenaza venía acompañada (como ocurre en los sistemas parlamentarios clásicos) de la capacidad para solicitar, y obtener, del monarca la disolución del parlamento mediante la convocatoria de nuevas elecciones. Como puede, por tanto, observarse la clave de la responsabilidad política colectiva no se encontraba en la dimisión del conjunto gubernamental cuando perdía la confianza del órgano al que debía su puesto (primero el monarca, luego monarca y parlamento y, finalmente, sólo parlamento), sino en el hecho de que el ejecutivo era siempre una unidad de imputación de la política gubernamental. Si el órgano u órganos que le habían conferido la confianza para ser gobierno (rey; rey y Parlamento; Parlamento), el Gobierno cesaba (como no podía ser de otra forma) como conjunto. De este modo se acuñan dos de las reglas esenciales de la responsabilidad política: la regla de la unidad y la regla de la confianza. La primera alude a la necesidad de que todos los miembros del ejecutivo mantengan las mismas posiciones que el conjunto, de manera que la disidencia sólo puede resolverse o con el silencio o con la dimisión. La segunda atañe a la necesidad de que el ejecutivo, conjuntamente, dimita, sea cesado o solicite (en su caso) del monarca la convocatoria de nuevas elecciones.

La segunda de las vertientes de la responsabilidad política, la responsabilidad individual ministerial, es aún más antigua y contiene una vertiente de defensa del colegio gubernamental tan acusada como la colectiva o solidaria. En su origen la responsabilidad individual era utilizada como la fórmula parlamentaria de hacer pagar al Rey sus errores en la cabeza de sus ministros. La irresponsabilidad regia en los asuntos de gobierno llevaba aparejada la necesidad de buscar algún sujeto al que el Parlamento pudiera hacer responsable de los errores del monarca. De este modo la responsabilidad individual es, como ya se ha apuntado, una responsabilidad *putativa* o *vicarial*. Por ello serán los ministros de su gabinete, individualmente considerados, los que serán objeto de acusaciones, incluso penales aunque sustanciadas en el Parlamento. De esta forma la condena, incluso en algún caso ejecución, del ministro caído parlamentariamente en desgracia como consecuencia de un proceso de *impeachment* (y obviamente estamos hablando de finales del siglo XVII y XVIII) hizo que, por una parte, el monarca tuviera en cuenta de forma determinante la voluntad del parlamento a la hora de nombrar a los miembros de su gabinete y, por la otra, que cualquier miembro de aquél en cuanto notara la falta de apoyo del Parlamento optara por la inmediata dimisión ante la gravedad de los daños (incluso físicos) para sí mismo derivados de una eventual votación en su contra en la cámara de los comunes. La evolución de las relaciones de confianza (desde la confianza solo regia, a la doble confianza —rey y parlamento— y, posteriormente, a la exclusivamente parlamentaria) cambiaron los términos de esta responsabilidad. En esencia seguirá consistiendo en una regla de confianza (esto es, en ausencia de apoyo mayoritario de la cámara, el ministro deberá dimitir) pero continuará desarrollando una labor de defensa: por una parte, permitirá que los errores exclusivamente departamentales sean imputados al ministro titular de la cartera afectada (y no al resto del ejecutivo) y, por la otra, asegurará la posición de toda la escala inferior del Departamento (y en especial a los funcionarios cuyo anonimato deberá ser siempre preservado) puesto que el ministro y solo el ministro será responsable por lo que ocurra en el seno del Departamento. En definitiva, pues, el Ministro será responsable no sólo por los actos propios, sino por todo lo que ocurra en el seno del Departamento (manteniéndose así ese carácter *putativo* o *vicarial* que probablemente esté inscrito en el código genético de la responsabilidad política).

A la vista de esta breve reseña de la evolución de la doctrina de la responsabilidad política hasta principios del siglo XX puede afirmarse que no estamos en presencia de un conjunto de reglas jurídicas claras. Estamos en presencia de una convención o costumbre constitucional de naturaleza cambiante según cambian las circunstancias externas. Convención que tiene por objeto regular la posición del gobierno en sus relaciones con el monarca (en un primer momento histórico), con el monarca y con el parlamento (en un

segundo momento histórico) y con el parlamento en exclusiva (en el momento histórico final de mediados del siglo XX). Convención que se alimenta de la necesidad de resolver problemas concretos de la posición constitucional del gobierno plasmados en precedentes que marcan, con más o menos claridad, el camino a seguir por cada gobierno y por cada uno de sus miembros en relación con otros órganos y entre sí.

3. LA RESPONSABILIDAD POLITICA EN ESPAÑA: UN ANALISIS SIMPLIFICADOR QUE ACABA EN LA INACEPTABLE IDENTIFICACION CON LA RESPONSABILIDAD PENAL

El simplista análisis de la responsabilidad política en nuestro país puede explicarse a partir de un vicio de origen vinculado a la propia forma continental de entender el Derecho. En la vorágine positivista (inevitable y desde otros puntos de vista francamente beneficiosa para la ciencia del derecho constitucional) inmediatamente posterior a la aprobación de la Constitución, la responsabilidad política sólo mereció, salvo muy honrosas excepciones, la atención de los juristas en la medida en que existieran reglas jurídicas claras que la regularan. Así, fueron objeto de análisis la regulación constitucional de la moción de censura, la cuestión de confianza, la disolución de las cámaras y sólo en algunos reducidos casos se examinó la responsabilidad individual¹⁹ (*directa* sostiene el art. 98.2 CE) y se renunció a dar contenido al artículo. 108 CE (“El gobierno responde *solidariamente* de su gestión política ante el Congreso de los Diputados”) más allá de la obligación colectiva de dimitir en los supuestos constitucionalmente previstos. Esto es, se ha realizado un estudio exclusivamente formalista de la responsabilidad política centrado en los únicos aspectos regulados en las normas constitucionales y en el Reglamento del Congreso: el otorgamiento y retirada de la confianza tratando de *juridificar* al máximo la figura. Con ello se ha olvidado que la doctrina de la responsabilidad política es mucho más rica que lo expresado en reglas jurídicas escritas y, sobre todo, *se ha realizado una absoluta y errónea identificación entre responsabilidad política y desconfianza parlamentaria*. Una identificación entre responsabilidad política y dimisión (tanto individual como colectiva) olvidando el resto de matices y funciones de esta figura en un parlamentarismo. La responsabilidad política, y este punto de partida ya expuesto no conviene olvidarse, es el anverso del carácter representativo del sistema. Lo que en nuestro país se ha considerado la responsabilidad política es la desconfianza parlamentaria, y esta no es más que el anverso de la confianza parlamentaria, no del conjunto del sistema representativo.

Como puede claramente deducirse de las páginas anteriores, la responsabilidad política no ha estado nunca totalmente escrita en normas. Las previsiones constitucionales relativas a la remoción del presidente del gobierno (y las normas correlativas de los Estatutos de Autonomía) no son más que reflejos formalizados de costumbres necesarias del parlamentarismo. Costumbres que, no conviene olvidar a sir Ivor Jennings²⁰, no son más que *la carne que rodea el seco hueso de la norma*. Y costumbres que, como todas las normas consuetudinarias, se asientan sobre la repetición de actos bajo la conciencia de su obligatoriedad. Costumbres, pues, que en última instancia se asientan sobre una práctica continuada de respeto a sus mandatos. Si tales costumbres han de ser reputadas como *constitucionales* los sujetos que han de repetir un determinado comportamiento son los actores constitucionales y, muy singularmente, los actores *políticos*. De este modo podríamos sostener, como afirmación de principio, que la *práctica política es la sangre que alimenta la carne que rodea el seco hueso de la norma*.

¹⁹ Llegándose a negar su existencia por el mero hecho de que no existía ningún mecanismo que asegurara *jurídicamente* la obligación ministerial de dimitir si era aprobada una moción individual de reprobación que, sin embargo, se han admitido a trámite incluso en el Senado.

²⁰ I. Jennings, *The Law and the Constitution*, 5ª edición, Londres, 1959, pag. 81.

Y aquí encontramos otra gran dificultad para el análisis de la cuestión objeto de estas breves reflexiones. Ni las costumbres o convenciones constitucionales han arraigado en nuestro ordenamiento constitucional, ni la práctica política presenta una línea de coherencia mínima que permita la formulación de reglas. La doctrina de la responsabilidad política ha permanecido oscurecida por su juridificación. Sólo ha interesado la posibilidad de cesar a un gobierno en su conjunto. No se han analizado ni explorado otros aspectos. Además su conversión en una figura exclusivamente jurídica ha permitido intercambiar su contenido con otra forma de responsabilidad (la penal) con la que poco o nada tiene que ver. Para ello es necesario que examinemos el proceso a través del cual se ha llegado a tal identificación.

La responsabilidad política individual de los ministros entró en crisis ya hace muchos años como consecuencia de la desaparición en la práctica política (nacional y comparada) de su efecto más espectacular: la dimisión ministerial como consecuencia de errores personales o departamentales. Los motivos de tal crisis son muchos y variados, pero conviene recordar al menos tres de ellos.

3.1. El primer ministro dispone de muchos instrumentos para evitar los efectos de la responsabilidad ministerial individual. Estos instrumentos, como destacara Finer ya en 1956²¹, son básicamente tres, expuestos en orden inverso a su importancia:

i) Aceptar la dimisión del ministro, nombrándole, inmediatamente o poco tiempo después, para un nuevo cargo en el gobierno. Normalmente en puestos menos complicados y más libres de la crítica parlamentaria. Se consigue el abandono del cargo, pero no se le excluye del gobierno. De este modo, formalmente la responsabilidad se sigue exigiendo, pero, de hecho, se evitan los efectos reales de la convención.

ii) Remodelación del gobierno. Como señala Finer, un número prodigioso de ministros se salvan de la dimisión mediante una tempestiva remodelación del gobierno. Es decir, antes de que el ministro se vea seriamente amenazado por la crítica parlamentaria, el primer ministro cambia el gabinete. Se cesa o transfiere al ministro a un nuevo cargo. De esta forma se evita el siempre doloroso, y políticamente poco rentable, trance de una dimisión. Además el nuevo ministro empieza desde cero por lo que no se puede hacer responsable de los errores cometidos con anterioridad.

iii) Protección del ministro mediante la responsabilidad colectiva. Este es el más efectivo de los instrumentos. Para evitar la dimisión de un ministro, el gobierno, en concreto el primer ministro, considera el ataque a un concreto ministro como un ataque al gobierno en su conjunto. Los colegas le defienden públicamente y colocan a su partido (mayoritario en la cámara baja) ante la alternativa de abandonar la crítica al ministro o de proseguir con ella poniendo en peligro la estabilidad de su gobierno y, eventualmente, a sí mismos porque aquél podría solicitar la disolución de la cámara. Obviamente lo habitual es que los parlamentarios opten por la primera de las soluciones. Este instrumento, como es lógico, se usa de forma discreta. Así, basta el expreso apoyo del primer ministro a un miembro de su gabinete para que, normalmente, los miembros del partido cierren filas en torno a su líder.

3.2. La evolución del sistema de partidos. Mientras los partidos fueron asociaciones de parlamentarios sin disciplina y sin una estructura claramente jerarquizada, era factible censurar a ministros individuales por sus errores o los de sus departamentos. La aparición y desarrollo de los partidos y la asunción de estructuras piramidales en su funcionamiento han eliminado de hecho buena parte de las posibilidades de que el propio partido que apoya al gobierno censure a uno de sus miembros. Esto es especialmente claro cuando el primer ministro apoya al ministro afectado cubriéndole con la responsabilidad colectiva. De este modo como señala Woodhouse²², excepto en casos

²¹ E.S. Finer, "Ministerial...", art. cit. págs. 386-391.

²² D. Woodhouse, *Ministers and Parliament*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pag. 18. Esta autora sitúa el proceso dentro del más general declive del Parlamento y su dominación por el ejecutivo, vid. págs.15-23.

extremos el ministro puede confiar en el apoyo de sus parlamentarios que se resisten a cambiar de gobierno y que son conscientes de que sus aspiraciones ministeriales, incluso sus aspiraciones de reelección, dependen de su lealtad al gobierno y, muy particularmente, al primer ministro.

3.3. *El crecimiento en tamaño y complejidad de la administración.* La doctrina de la responsabilidad ministerial partía de que los ministros estaban informados de todo lo que ocurría en su departamento y eran capaces de controlar las actividades en su seno. Por tanto, en los errores departamentales (aunque no fueran de los ministros personalmente) el ministro siempre tenía algún grado de responsabilidad, por acción o por omisión capaz de conducirlo a la dimisión. Tal cosa en el siglo XIX podía ser cierta. Evidentemente, hoy no es creíble que el ministro pueda ejercer un verdadero control sobre todas las actividades de su departamento. Esta nueva realidad ha exigido la revisión de la doctrina, al menos, en un doble sentido. Por un lado, no toda acción errónea del departamento lleva por sí misma a la posible sanción de la dimisión. Por otro, la posición de los altos cargos y funcionarios ha cambiado porque también ha cambiado su grado de participación en las decisiones departamentales.

En fin, podría describirse hoy el funcionamiento de la dimisión ministerial mediante el siguiente ejemplo: obligar a un ministro a dimitir por un error propio o de su departamento genera un enorme coste político. Por ello, el ministro o jefe de departamento será mantenido en el ejecutivo mientras el coste político de forzar su dimisión sea menor que el de mantenerlo. Se tratará por tanto, de un mero juicio de oportunidad política que poco o nada tiene que ver con las fundamentales funciones desarrolladas por la noción de responsabilidad política propias de todo Estado parlamentario. Ahora bien, como tampoco se desea que la crítica al ejecutivo alcance niveles excesivos, el ejecutivo tratará de impedir por todos los medios las investigaciones parlamentarias. Dado que, además, en un sistema parlamentario de gobierno, el ejecutivo cuenta, por definición, con el apoyo de la mayoría parlamentaria, tratará de evitar rendir cuentas de sus actos, ocultándose en el silencio, las medias verdades o, incluso, la pura mentira. Los instrumentos para ello son bien conocidos: contestaciones parlamentarias que no aclaran nada, constante alegación de desconocimiento personal de los hechos, negativa a constituir comisiones de investigación, bloqueo o incluso cierre en falso de las creadas, calendarios de trabajo inasumibles, ocultación de información o manipulación de documentos, negativas a las solicitudes de comparecencias y otros comportamientos igualmente inaceptables, pero bien conocidos no sólo en nuestro país sino en todos los de nuestro entorno.

El problema es que el declive progresivo de la asunción de la responsabilidad política por lo ocurrido en los estratos dirigentes de la Administración ha provocado un efecto añadido demoledor. En efecto, si el grado de responsabilidad de los diferentes niveles de decisión gubernamental no es establecido en sede parlamentaria, a los denunciadores de irregularidades (y a la oposición política) sólo le queda un camino para corregir y criticar tal comportamiento: la responsabilidad jurídico-penal²³. Se pretenderá obtener en el estrado de los tribunales lo que no se ha obtenido en la arena

²³ Sobre las relaciones entre responsabilidad política y responsabilidad penal nos hemos ocupado en *La responsabilidad política del Gobierno*, citado, pág. 75 y ss. Entre nosotros se han ocupado de este tema, J. García Morillo, *Responsabilidad política y responsabilidad penal*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 52, 1998, págs. 81 y ss., también en *La responsabilidad política*, en *Claves*, 45, 1994, págs. 32 y ss. L. M. Díez Picazo, *La criminalidad de los Gobernantes*, citado, págs. 76 y ss. Sobre la ineficacia de la responsabilidad penal como sistema paliativo de la responsabilidad política, vid. P. Ségur, *La Responsabilité Politique*, París, 1998, págs. 120 y ss. Respecto a la interdependencia entre la ausencia de asunción de la responsabilidad política y el aumento de la exigencia de responsabilidades penales, véase, J. M. Maravall, *El control de los políticos*, citado, págs. 196 y 202 y, desde una perspectiva más jurídica, J. L. Cascajo Castro, "El Congreso de los Diputados y la forma de gobierno en España", en *Anuario de Derecho Parlamentario*, nº 5, pág. 157

parlamentaria. La oposición desgastará a los gobernantes mediante continuas demandas ante los tribunales de forma que una condena penal a un miembro del ejecutivo tenga réditos electorales inmediatos. Por otra parte, los gobernantes pretenderán salvaguardar su posición política en virtud de una *perversa especie de prejudicialidad penal*²⁴. En tanto el asunto esté en los tribunales, no cabe asumir responsabilidad política. Si la condena penal se produce se alegrará un desconocimiento de los hechos, una traición o un engaño. Si no se produce se realizará la crítica a la oposición por injuriar o calumniar a un inocente²⁵.

Los efectos de este planeamiento son demoledores sobre el conjunto del sistema:

- i) Se sustituye el juicio político democrático por el juicio jurídico penal.
- ii) El enfrentamiento y discusión política se traslada de la sede parlamentaria a los tribunales.
- iii) Se mezcla una doctrina procedente del principio democrático representativo (la responsabilidad política) con un principio del Estado de Derecho (el sometimiento de todos los ciudadanos, gobernantes incluidos, a la ley).
- iv) Se confunde una responsabilidad subjetiva, por culpa o dolo (la responsabilidad penal) con una responsabilidad objetiva que además de culpa y dolo incluye la responsabilidad *in vigilando e in eligendo*.
- v) Se homologa un proceso de naturaleza estrictamente política regulado sólo en sus cauces por el Derecho (la responsabilidad política) por un proceso de naturaleza exclusivamente jurídica.
- vi) Se sustituye la sanción política prevista para comportamientos políticos (la dimisión o el descenso en el prestigio político de los afectados, y en última instancia el veredicto del electorado) por la sanción penal.
- vii) Se asume, injustificadamente, que el proceso judicial puede ser comprendido por la opinión pública exactamente igual que el proceso político.
- viii) Se exige un mismo nivel de determinación de los hechos para dos supuestos radicalmente diferentes. Mientras la responsabilidad penal requiere la fijación nítida y firme de los hechos hasta conducir a un convencimiento judicial de la culpabilidad. La responsabilidad política, por el contrario, requiere sólo el convencimiento político-moral de tal culpabilidad.
- ix) Se confunden parámetros de juicio radicalmente distintos: el ordenamiento jurídico penal (que incluye únicamente las conductas que merecen el máximo desvalor por parte de la sociedad), y un código de conducta más vinculado a la eficacia, la moral y la ética públicas.
- x) Se identifican, de forma inaceptable inocencia política e inocencia penal.
- xi) Se acepta que los niveles de eficacia y decencia exigibles a los gobernantes sean los mismos que los exigibles al común de los ciudadanos: el respeto al código penal.
- xii) Se invierte la lógica interna temporal de ambos procesos de exigencia de la responsabilidad política. Primero la responsabilidad política, en el calor del debate político, en el Parlamento, ante los medios de comunicación y la opinión pública. Después la responsabilidad penal: en las salas judiciales, con la frialdad de las formas jurídicas y sin la presencia intimidatorio ni de los medios, ni de la opinión pública.
- xiii) Se intercambian los argumentos utilizables: políticos en un caso, exclusivamente jurídicos en el otro.
- xiv) Se obliga al juez a desarrollar un rol para el que no está preparado. Deja de ser el aplicador neutro del Derecho para convertirse en el árbitro en la lucha política.
- (xv) Se sustituye al electorado y al Parlamento como jueces últimos del comportamiento político de los gobernantes, otorgando ese papel a jueces y tribunales.

²⁴ Sobre los escenarios, estrategias y ventajas para los actores políticos de una judicialización de la política, véase, J. M. Maravall, *El Control de los Políticos*, citado, especialmente, págs. 183 y ss.

²⁵ Sobre esta actitud, y en especial sobre la opacidad voluntaria del ejecutivo en determinadas cuestiones, resultan esclarecedoras las consideraciones de J. M. Maravall, *El control de los políticos*, citado, págs. 38 a 44.

(xvi) En fin se *justicializa la política* exactamente en la misma medida en que se tendrá que *politizar la justicia*

Sobre todo desde el punto de vista de la sanción la situación es inadecuada. La presión política y mediática en que se desarrollan los juicios contra los responsables políticos hacen difícil asegurar las garantías mínimas del inculpado e impiden que la judicatura realice su trabajo con tranquilidad, sosiego e independencia. La *judicialización de la política* no conduce más que a una indeseable, y probablemente irreparable, *poli-tización de la justicia*. Al final el poder judicial puede verse cuestionado directamente por su indudable posición de inferioridad, en lo que a legitimidad democrática se refiere, frente al poder ejecutivo y al legislativo. Por otra parte, el poder judicial siempre llegará tarde frente a la capacidad de maniobra del poder ejecutivo. En última instancia, y esta es la peor de las situaciones posibles, puede plantearse el problema, mucho más real de lo que hubiéramos pensado hace unos años como lo ha mostrado la situación en Italia o los casos de alcaldes condenados penalmente que siguen ganando elecciones, del sujeto condenado por los tribunales que continúa contando con el apoyo popular. Ha sido responsable de sus actos judicialmente, pero su responsabilidad política no ha sido nunca totalmente esclarecida porque, realmente, nunca ha explicado lo ocurrido durante su gestión pública. Al final sólo queda el desprestigio popular del poder judicial, la reducción de los controles sobre los gobernantes y el desapego ciudadano hacia toda forma de participación política.

4. A MODO DE CONCLUSION: LA RESPONSABILIDAD COMO RENDICION DE CUENTAS O EL INTENTO DE RECUPERAR “LA POLITICA” EN EL DEBATE SOBRE LA ACTUACION DEL GOBIERNO

Este es el arriesgado diagnóstico de la situación. Pocas soluciones pueden ofrecerse en estas breves líneas. Sin embargo, es posible que en aquellos países con una tradición democrática y de control del poder más asentadas se hayan dado los primeros pasos en la dirección adecuada. En concreto es de especial interés la experiencia parlamentaria británica de finales del siglo XX. Tres ejemplos son dignos de atención: el informe Nolan sobre parámetros de conducta en la administración pública; las normas internas del gobierno británico sobre el comportamiento moral de sus miembros; y el informe sobre responsabilidad política y la obligación ministerial de rendir cuentas al Parlamento. Estos documentos pretenden obtener un necesario renacimiento de la responsabilidad política que pueda paliar la descompensación actualmente existente entre ésta y la más espectacular políticamente, pero también más peligrosa e ineficaz, responsabilidad penal.

El planteamiento británico podría resumirse en que debe cambiarse la comprensión de la responsabilidad política de los gobernantes como fórmula para recuperar el control parlamentario de la actividad gubernamental en ejercicio de su poder de dirección política y de dirección de la administración. Así, en la segunda mitad del siglo XX se ha venido abriendo una nueva concepción de la responsabilidad de los gobernantes como consecuencia de la inutilidad práctica (y de los graves efectos derivados de esta inutilidad) de la identificación entre aquélla y la obligación de dimitir de los ministros individuales o del gobierno en conjunto como consecuencia de derrotas parlamentarias. Tal evolución que comienza con el trabajo de Finer en 1956, pero que es continuada por multitud de autores, especialmente, Marshall y Woodhouse²⁶, culmina con la aceptación de las tesis principales de ésta última autora en el informe parlamentario sobre

²⁶ La cita de los trabajos sobre la cuestión desde 1956, fecha del estudio de FINER, sería interminable, por lo que baste recordar aquí los trabajos de G. Marshall (*Constitutional Conventions*, citado, y “The evolving practice of Parliamentary accountability: writing down the rules”, en *Parliamentary Affairs*, 44/4, 1991 y sus ediciones junto a G. C. Moodie, *Some Problems of the Constitution*, Londres, 1971 y en solitario *Ministerial*

responsabilidad política aprobado en 1996²⁷ tras la publicación del informe Scott²⁸ en el que se mostraría con descarnada evidencia los efectos perniciosos de la pervivencia del anterior concepto de responsabilidad política.

En esencia el nuevo concepto de responsabilidad política defendido primero por la doctrina británica y asumido posteriormente por el Parlamento en el citado documento consiste en su comprensión como un principio de relación entre gobierno y parlamento consustancial al principio representativo en virtud del cual el ejecutivo está obligado a *rendir cuentas* (*to account*) por su gestión ante el Parlamento. De esta forma no se deduce del principio necesariamente, aunque continúa siendo una posibilidad más o menos real, que deban producirse dimisiones gubernamentales. Sólo consiste en la obligación gubernamental de ser absolutamente transparente en sus relaciones con el parlamento. De esta forma el principio de responsabilidad política se manifiesta en el aseguramiento de un determinado *proceso* (de información, explicación, rectificación y corrección) y no en la consecución de un concreto resultado (la dimisión o el cese). Sólo en un supuesto se expresa con claridad la consecución de aquél viejo resultado característico de la responsabilidad política. Cuando un miembro del gobierno engañe o mienta a la cámara (sin haber rectificado en la primera ocasión en que hubiera podido si el engaño es consecuencia de un error) deberá dimitir puesto que con ello traiciona la misma esencia del concepto de responsabilidad.

Esta reconstrucción de la responsabilidad política requiere sin embargo que se establezcan de alguna forma los parámetros últimos de juicio del comportamiento gubernamental tras el proceso de rendición de cuentas. Esto es, resulta necesario que una vez concluido dicho proceso existan reglas capaces de establecer si el comportamiento gubernamental ha sido correcto o no. Reglas que no pueden estar exclusivamente en normas jurídicas so pena de identificar la *ilegalidad* con la *incorrección* o confundir las conductas *ilegales* con las conductas *impropias*. El proceso de fijación de este tipo de normas comenzó con el importantísimo informe Nolan²⁹ en el que, entre otras cosas, se fijarían con claridad los parámetros de comportamiento en el seno de la administración, originando unos profundos cambios en los modos de actuación del sector público británico que no podemos examinar aquí, que en gran medida serán extendidos a la actuación de los políticos electos. Sin embargo, el efecto del informe Nolan que más nos inte-

Rersponsibility, Oxford, 1989) y D. Woodhouse (*Ministers and Parliament*, citado y "Ministerial responsibility in the 90s: when do ministres resign?", en *Parliamentary Affairs* 46/2, 1993). Son también particularmente interesantes los estudios de A. H. Birch, *Repreentative and Responsible Government. An Essay on the British Constitution*, Toronto, 1969; G. K. Fry, "Thoughts on the present state of the convention of ministerial responsibility", en *Parliamentary Affairs*, 23, 1969-1970; D. Judge, *Ministerial Responsibility: life in the strawman yet?*, Glasgow, 1984;

²⁷ Public Service Committee, *Second Report: Ministerial Accountability and Responsibility*, House of Commons, 313, tres volúmenes, 1996.

²⁸ En este informe (House of Commons, *Report of the Inquiry into the Export of Defence Equipment and Dual-use Goods to Iraq and Related Prosecutions*, HC 115, HMSO, 1996), realizado por un juez independiente a petición del Parlamento, se demostró que el gobierno británico había engañado durante años a la opinión pública y al Parlamento en un tema tan sensible como el embargo de armas a Irak durante y después de la guerra que le enfrentó a Irán. En concreto se vendieron con autorización ministerial, materiales susceptibles de uso militar pese a la existencia de un embargo decretado por Naciones Unidas y a que la posición oficial del gobierno y de los ministros afectados era el pleno respeto al citado embargo. La aprobación y discusión del informe fue uno de los últimos escándalos del gobierno conservador antes de perder las elecciones, sin embargo desde el punto de vista de la responsabilidad política significó el descubrimiento de la ocultación intencionada de información durante años y de la reiteración de mentiras en las respuestas gubernamentales. Aún más grave resultó el hecho de que el asunto no se esclareciera hasta que hubieron transcurrido más de diez años desde los hechos cuando ninguno de los responsables seguía en política por lo que nadie fue considerado políticamente responsable de los hechos. A raíz del informe Scott se produjo la encuesta parlamentaria que culminaría con la aprobación del informe sobre responsabilidad política recién citado. Sobre el tema pueden verse los números monográficos de *Parliamentary Affairs*, 50/1, 1997: *Under the Scott-light: british Government seen through the Scott Report*, y de *Public Law*, otoño, 1996. *The Scott Report*. Es igualmente interesante el trabajo de A. Tomkins, *The Constitution after Scott: Government Unwrapped*, Oxford, 1998.

²⁹ Committee on Standards in Public Life, *First Report: Standards in Public Life*, House of Commons, Cmnd. 2850, 1995. Hay traducción al castellano, *Informe Nolan: Normas de conducta para la vida pública*, Madrid, 1996.

resa en estas páginas es el generado sobre las reglas reguladoras del comportamiento y funcionamiento del ejecutivo británico.

Tales reglas comenzaron con un código de conducta para los miembros del gobierno en 1997³⁰, reelaborado en el año 2001 y modificado en 2005³¹, donde se abordan cuestiones de comportamiento ético, pero también los procesos de adopción de decisiones en lo referido al nombramiento de altos cargos gubernamentales. Complementariamente se han elaborado los códigos de comportamiento de los funcionarios (*Civil Service Code*); de la dirección de los asuntos públicos (*Civil Service Management Code*); y códigos específicos para los viajes ministeriales (Travel by Ministres) y para el nombramiento de Consejeros especiales (*Code of Conduct for Special Advisers*)³².

No podemos afrontar en el presente estudio todas las cuestiones planteadas por estos documentos de carácter ético (no jurídico) sobre el comportamiento ministerial y, en general, del ejecutivo. Baste sólo apuntar que los principios del informe Nolan y del informe sobre responsabilidad política son desarrollados con extremado detalle. Pueden así encontrarse desde las normas relativas al comportamiento ético de los ministros a la transparencia en el seno del gobierno (no en las relaciones con la opinión pública) de las declaraciones de bienes de los ministros (incluyendo cónyuges e hijos), pasando por los procedimientos para realizar la elección de los altos cargos de cada ministerio, la transparencia de los regalos recibidos; las cantidades utilizadas para viajes, la contratación de consejeros técnicos, las relaciones con sus circunscripciones y un largo etcétera.

Todas estas normas vienen inspiradas por el principio de rendición de cuentas (esto es, de responsabilidad política) en un doble sentido. Por una parte, porque se establece con toda claridad la obligatoria transparencia en las relaciones entre Ministros y Parlamento³³, de modo que el ministro que cometa un error en la información al parlamento debe corregirla en la primera oportunidad que tenga para ello de modo que si miente intencionadamente al Parlamento debe dejar su puesto³⁴. Como sostiene, con la habitual ironía británica, el parágrafo 1.5 del citado documento, “se espera” de un Ministro que conscientemente miente al Parlamento que dimita de su cargo. Por la otra porque si bien el juez último de la correcta o impropia actuación del Ministro individual es el Primer Ministro³⁵, el comportamiento del Ministro ha de poder justificarse ante el Parlamento y ante la opinión pública³⁶. Es decir, todo comportamiento ministerial debe ser susceptible de ser suficientemente justificado ante la instancia parlamentaria si ello fuera necesario.

Desde el punto de vista abordado en estas páginas, los desarrollos británicos son particularmente interesantes en varios sentidos. En primer lugar, se evita la confusión entre responsabilidad política y responsabilidad penal. En segundo lugar, se devuelve a la sede parlamentaria su función de debate sobre el comportamiento personal y público de los responsables políticos. En tercer lugar, se asegura la transparencia guber-

³⁰ Cabinet Office, *Code of Conduct and Guidance On Procedures for Ministers*, Londres 1997.

³¹ *Ministerial Code. A code of Ethics and Procedural Guidance for Ministers*, Cabinet Office, Julio 2005.

³² Todos estos códigos, así como los citados en la nota anterior, pueden consultarse en <http://www.cabinet-office.gov.uk/conduct/>

³³ “*Ministers have a duty to Parliament to account, and be held to account, for the policies, decisions and actions of their departments and agencies*”, Parágrafo 1.5.b) *Ministers Code*, citado.

³⁴ “*It is of paramount importance that Ministers give accurate and truthful information to Parliament, correcting any inadvertent error at the earliest opportunity. Ministers who knowingly mislead Parliament will be expected to offer their resignation to the Prime Minister*”, Parágrafo 1.5.c) del *Ministers Code*, citado.

³⁵ Sobre esta evolución de la responsabilidad política individual desde la sola responsabilidad ante el Parlamento hasta la responsabilidad ante el jefe del ejecutivo véase nuestro trabajo, *La responsabilidad Política del Gobierno*, citado.

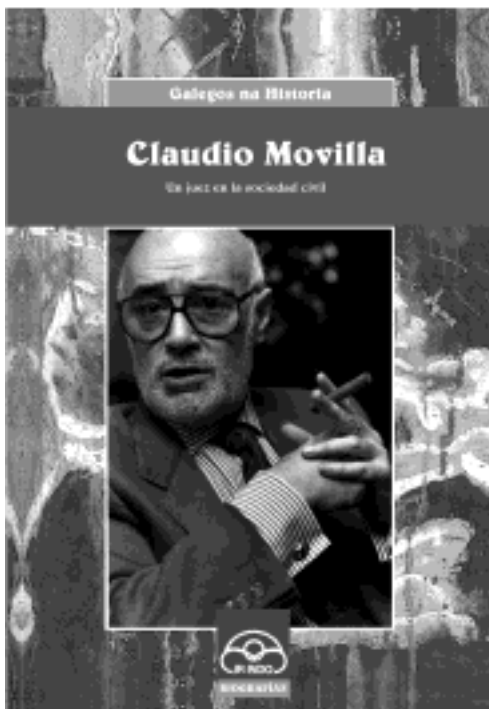
³⁶ Por todos pueden verse el parágrafo 1.3 (*Ministers are personally responsible for deciding how to act and conduct themselves in the light of the Code and for justifying their actions and conduct in Parliament*) y el parágrafo 5.2 respecto a la presencia de conflictos de intereses (*It is the personal responsibility of each Minister to decide whether and what action is needed to avoid a conflict or the perception of a conflict, and to defend that decision, if necessary by accounting for it in Parliament*).

namental en la rendición de cuentas o, al menos, se prevén sanciones políticas automáticas de especial gravedad cuando tal transparencia no es realizada. En cuarto lugar, y quizás el más importante, se fija por escrito el contenido de las normas (no estrictamente jurídicas) que permiten juzgar cuándo un comportamiento es *impropio* desde el punto de vista de la responsabilidad política. Las reglas y los parámetros de juicio están mucho más claros aunque, como es evidente, exista un enorme margen para el juego y el debate político³⁷. Pero, desde luego, no cabrá ya decir que una persona no es políticamente responsable hasta que se haya establecido su culpabilidad penal para evitar que se debata su comportamiento en la sede representativa.

En nuestro país, sin embargo, todavía estamos muy lejos de avanzar en este proceso pese a que se hayan dado algunos pasos, tímidos, en la dirección correcta³⁸. Sólo cabe esperar que tal tendencia avance antes que se produzcan escándalos como el denunciado en 1997 en el informe Scout en el Reino Unido que no hacen más que desacreditar, aún más, a los actores políticos y a las instituciones representativas sobre las que necesariamente se asienta todo sistema democrático.

³⁷ No debe esperarse, sin embargo, del funcionamiento de estos nuevos parámetros unos resultados inmediatos y espectaculares. Puede consultarse en tal sentido D. Woodhouse, "Ministerial responsibility", en V. Bogdanor (editor), *The British Constitution in the Twentieth Century*, Oxford University Press, Oxford, 2003, págs. 281 y ss.

³⁸ Sobre la cuestión véase R. Bustos Gisbert, "La corrupción de los gobernantes, responsabilidad política y control parlamentario", en *Teoría y Realidad Constitucional*, 19, 2007, págs. 153 y ss.



Claudio Movilla

Un juez en la sociedad civil

Autor: **PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ**

Edición en castellano y en gallego

ISBN: 978-84-7680-610-4

Número de páginas: 64

Encuadernación en tapa dura

P.V.P 13 € (gastos de envío: península 3 €
Balears/Canarias 5 €)

Formas de pago:

Talón / transferencia / contra reembolso

Se puede adquirir el libro en:



Ir Indo Ediciones S.L.
Avda. de Florida 30, baixa
36210 - Vigo
Telf. 986 211 212
Fax. 986 211 133

email: administracion@irindo.com

Las fosas de Franco y la diligencia debida del Estado ante el crimen de desaparición forzada a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Miguel Angel RODRIGUEZ ARIAS*

Estas son las normas con que me propongo hacer la grandeza de Tebas, y hermanas de ellas las órdenes que hoy he mandado pregonar a los ciudadanos sobre los hijos de Edipo: a Etéocles, que luchando en favor de la ciudad por ella ha sucumbido, totalmente el primero en el manejo de la lanza, que se le entierre en una tumba y que se le propicie con cuantos sacrificios se dirigen a los mas ilustres muertos, bajo tierra; pero a su hermano, a Polinices digo, que, exiliado, a su vuelta quiso por el fuego arrasar, de arriba a abajo, la tierra patria y los dioses de la raza, que quiso gustar la sangre de algunos de sus parientes y esclavizar a otros; a éste, heraldos he mandado que anuncien que en esta ciudad no se le honra, ni con tumba ni con lágrimas: dejarle insepulto, presa expuesta al azar de las aves y los perros, miserable despojo para los que le vean. Tal es mi decisión: lo que es por mi, nunca tendrán los criminales el honor que corresponde a los ciudadanos justos.

(...)
Y, pues, exaltadora de nombres, la Victoria ha llegado a Tebas rica en carros, devolviendo a la ciudad la alegría, conviene dejar en el olvido las lides de hasta ahora, organizar nocturnas rondas que recorran los templos de los dioses todos; y Baco, las danzas en cuyo honor conmueven la tierra de Tebas, *que él nos guie*.

Antígona, Sófocles

I. LA DESAPARICIÓN FORZADA COMO FLAGELO DE LA HUMANIDAD: DE LA GUERRA TOTAL CONTRA LA POBLACION CIVIL ESPAÑOLA A LA GUERRA DE BAJA INTENSIDAD EN AMERICA LATINA

El surgimiento en el siglo XX de la cuestión de la denominada “frontera ideológica”, o el cambio de planteamiento estratégico militar basado en el control territorial de posiciones geográficas para pasar a aquel otro del sometimiento a control a la propia población, —a los sectores con capacidad de disidencia organizativa, política o de cualquier otra índole— y el empleo de la desaparición forzada como instrumento para ello, ha venido siendo circunscrita en distintos análisis a los conflictos producidos desde la década de los sesenta en el continente americano en lo que se dió en llamar “guerra de baja intensidad”; “baja intensidad” respecto la menor cuantía de los recursos militares a movilizar gracias al empleo auxiliar del terror como factor paralizador, ya que no, ciertamente, respecto el daño social resultante.

Si bien, más ampliamente, nos cabrá retrotraer en realidad su origen a un contexto histórico anterior y, —terminológicamente al menos— opuesto a dicha nomenclatura de “baja intensidad”, el de la “guerra total” europea de los treinta-cuarenta en sus dos actos peninsular-mundial¹; y ello aún si la base será el mismo fundamento: valerse del terror como recurso auxiliar ante la necesidad, por parte de las fuerzas nazi-franquistas-fascistas del eje, de controlar la retaguardia de los territorios respectivamente ocupados sin sustraer para ello altas cantidades de tropas y suministros de los frentes dónde se venía desplegando el esfuerzo bélico principal. En el segundo de dichos actos mediante el conocido *Nacht und Nebel Erlass*, o “Decreto noche y niebla”, mientras que, en el caso

* El autor quiere dedicar el artículo a la memoria del profesor Marino Barbero, jurista comprometido con la defensa de la democracia y los derechos humanos en España y la abolición de la pena de muerte.

¹ Así, en palabras de la reciente e histórica condena de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a la dictadura franquista, de 17 de marzo de 2006, en su pto. 55: “La guerra civil española fue una guerra total. El bombardeo de la ciudad vasca de Guernika por la Legión Cóndor, tema de un célebre cuadro de Picasso, anticipó los momentos más negros de la Segunda Guerra mundial”.

de la guerra contra la población civil española para el derrocamiento del régimen constitucional republicano, será expresión, a su vez, de una diferente forma de hacer la guerra de un determinado sector del ejército, la denominada “escuela africana”. Los textos y proclamas públicas de destacados miembros del organigrama militar nazi y franquista como el Mariscal Keitel o los Generales Mola y Queipo de Llano, entre otros, dejarían claro testimonio de todo ello²; en el caso de las soflamas radiofónicas de este último, “un hombre cuyas emisiones radiofónicas nocturnas alentaban el asesinato y la violación” como lo calificará Preston³, en términos especialmente evocadores, además, de otros casos más recientes, como la condena en el 2000 de Georges Henry Joseph Ruggiu por su incitación, desde la *Radio Télévision Libre des Mille Collines (RTL)*, a la milicia *Interahamwe* a perpetrar ejecuciones extrajudiciales y crímenes contra los perseguidos en el genocidio de Ruanda⁴.

Y así no se tratará de que la desaparición forzada de personas fuese una exclusiva del pasado siglo XX pero sí que lo sería su puesta en práctica con un tal alcance masivo, sistemático y reiterado, *su utilización como una técnica destinada a producir no sólo la desaparición misma, momentánea o permanente, de determinadas personas sino, también, un estado generalizado de angustia, inseguridad y temor*; tal será, justamente, el elemento que hará de la desaparición forzada una forma compleja de violación de los derechos humanos que debe ser comprendida y encarada de una manera integral⁵.

² Conforme lo ordenado por Keitel el 23 de julio de 1941: “A la vista de la gran extensión de las áreas ocupadas en el Este, las fuerzas disponibles para establecer la seguridad en el área sólo serán suficientes si toda resistencia es castigada, no dentro de un procesamiento legal de los culpables, sino a través de la diseminación de tal terror por las fuerzas armadas que toda pretensión de resistencia del pueblo sea erradicada (...)”. Vid. *Case no. 72, The German High Command Trial of Wilhelm Von Leeb and thirteen others*, United States Military Tribunal, Nuremberg, 30th december. 1947 - 28th october, 1948, part II, pág. 21, Genocide Documentation Centre, <http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/ghctrial2.htm>, source: *Law-Reports of Trials of War Criminals, The United Nations War Crimes Commission*, Volume XII, London, HMSO, 1949; junto a todo ello véase igualmente una versión íntegra de las *Richtlinien für die Verfolgung von Straftaten gegen das Reich oder die Besatzungsmacht in den besetzten Gebieten vom 7 Dezember 1941* así como su completa *Erste Verordnung*, entre las últimas publicaciones en la materia, en: Keitel, H.J. [Hrsg.] (2002): *Keitel in Nürnberg*, Verlag S. Bublies, Schnellbach, págs. 316 y ss; En cuanto a la intencionada instrumentalización del terror como parte de la guerra total en el caso español, y en palabras de Mola: “Se tendrá en cuenta que la acción ha de ser en extremo violenta para reducir lo antes posible al enemigo [...] serán encarcelados todos los directivos de los partidos políticos, sociedades o sindicatos no afectos al Movimiento, aplicándoseles castigos ejemplares a dichos individuos para estrangular los movimientos de rebeldía o huelgas. En este trance de la guerra yo ya he decidido la guerra sin cuartel. A los militares que no se hayan sumado a nuestro Movimiento, echarlos y quitarles la paga. A los que han hecho armas contra nosotros, contra el ejército, fusilarlos. Yo veo a mi padre en las filas contrarias y lo fusilo. *Cualquiera que sea abierta o secretamente defensor del Frente Popular, debe ser fusilado [...] Hay que sembrar el terror; dejar sensación de dominio eliminando sin escrúpulos ni vacilación a todos los que no piensen como nosotros*”. General Mola, sublevado contra la Constitución española el 18 de julio de 1936, vid. Silva, Emilio y Macías, Santiago (2003): *Las fosas de Franco, los republicanos que el dictador dejó en las cunetas*, Temas de Hoy, Madrid, pág. 131., cursivas propias. Sobre el alcance de la estrategia de terror y la guerra total véanse entre los últimos estudios: Espinosa Maestre, F. (2006): *La justicia de Queipo. Violencia selectiva y terror fascista en la II División en 1936: Sevilla, Huelva, Cádiz, Córdoba y Badajoz*, Crítica, Barcelona, así como el propio prólogo de Paul Preston; Espinosa Maestre, F. (2003): *La columna de la muerte, el avance del ejército franquista de Sevilla a Badajoz*, Crítica, Barcelona; Nerín, G (2005): *La guerra que vino de África*, Crítica, Barcelona.

³ *La Justicia de Queipo*, *ob cit*, pág. 9. Y así, entre sus alocuciones más conocidas, en sí misma ilustrativas de la impactante realidad concreta del concepto de guerra total contra la población civil y la génesis de los miles de fosas que, impunemente, aún salpican nuestro territorio: “Yo os autorizo a matar como a un perro a cualquiera que se atreva a ejercer coacción ante vosotros: Que si lo hicierais así, quedaréis exentos de toda responsabilidad. ¿Qué haré? Pues imponer un durísimo castigo para callar a esos idiotas congéneres de Azaña. Por ello faculto a todos los ciudadanos a que, cuando se tropiecen a uno de esos sujetos, lo callen de un tiro. O me lo traigan a mí, que yo se lo pagaré. Nuestros valientes legionarios y regulares han enseñado a los rojos lo que es ser hombre. De paso también a las mujeres de los rojos, que ahora por fin han conocido hombres de verdad, y no castrados milicianos. Dar patadas y berrear no las salvará. Ya conocerán mi sistema: por cada uno de orden que caiga, yo mataré a diez extremistas por lo menos, y a los dirigentes que huyan, no crean que se librarán con ello; les sacaré de debajo de la tierra si hace falta, y si están muertos los volveré a matar”. General Queipo, sublevado contra la Constitución española el 18 de julio de 1936, igualmente rescatado del olvido por la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica en: *Las fosas de Franco, los republicanos que el dictador dejó en las cunetas*, *ob cit*, pág. 131-132, cursivas propias. El concreto puesto jerárquico de quien públicamente alentaba y autorizaba tales desmanes, máxima autoridad judicial de la Segunda División y la zona bajo su control, no podrá ser aquí lo suficientemente subrayado.

⁴ *The Prosecutor v. Georges Ruggiu*, Case No. ICTR-97-32-I, sentencia de 1 de junio de 2000, disponible en la web del Tribunal penal internacional para Ruanda, <http://www.ictor.org/>.

⁵ En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 149-150.

De este modo Keitel sería la primera persona condenada por un tribunal internacional por una tal práctica sistemática de desaparición forzada de personas *en la noche y la niebla*, si bien como en aquella época todavía no se había aceptado que las desapariciones forzadas formaban parte del concepto de crímenes de *lesa humanidad*, el Tribunal Penal Internacional de Nuremberg le declaró culpable de crímenes de guerra⁶, a pesar de tratarse, sin duda, de “la otra innovación”, sobrecogedora y avergonzante, de las potencias del eje a la historia de la inhumanidad, junto a campos de exterminio y cámaras de gas.

A partir de ahí la desaparición forzada alcanzaría su definitiva consideración autónoma, también en tiempos de paz, precisamente, como una reacción de la comunidad internacional al fenómeno de impunidad en América Latina, y a la, conmovedora *lucha por lo más querido* de las familias, por los hijos, hermanos, padres, conyugues, arrebatados a la fuerza por los agentes del Estado⁷, de la que la Corte Interamericana sería escenario privilegiado; de esto último habrá de resultar —justamente al acoger con singular determinación, y pleno sentido histórico e institucional de su función, la tutela de estas desamparadas familias en un mérito que no podrá serle suficientemente reconocido a la Corte— tanto el singular valor de conjunto de su avanzada jurisprudencia para la configuración e interpretación del aparato internacional puesto a tutela de los derechos humanos ante todo ello, como el consiguiente interés de su estudio.

Pero junto a tal condición de crimen de lesa humanidad, la desaparición forzada de personas se verá adicionalmente caracterizada por una segunda nota específica y de gran trascendencia en cuanto a su actualidad: su configuración internacional como delito de consumación permanente.

Pocas dudas cabe inferir igualmente a este segundo respecto, sea de la propia vigente *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* de 1992⁸, del sentido de su desarrollo interpretativo conforme sus *Comentarios Generales* formulados en sede de Naciones Unidas⁹, y tal y como, de hecho, ha sido igualmente plasmado en otros instrumentos internacionales como la *Convención*

⁶ *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias*. Informe presentado por el Sr. Manfred Nowak, experto independiente encargado de examinar el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias, de conformidad con el párrafo 11 de la resolución 2001/46 de la Comisión, Documento E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002, Consejo Económico y Social, pto. 65.

⁷ Sobre todo ello véase igualmente, *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias, ob cit.* Pto 65. Y así de nuevo con Nowak: Como las desapariciones forzadas forman parte seguramente de las violaciones más crueles de los derechos humanos que constituyen un ataque directo contra la vida, la libertad y la dignidad del ser humano, no es sorprendente que esos actos figuren entre los primeros reconocidos como crímenes de lesa humanidad en la evolución del derecho penal internacional moderno. Ya en los proyectos de convenciones propuestos en el Coloquio de París de 1981 y por la Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos (FEDEFAM) en 1982 se sugirió que las desapariciones forzadas debían considerarse crímenes de lesa humanidad. Un año más tarde, la Asamblea General de la OEA declaró en una resolución histórica que la desaparición forzada era «una afrenta a la conciencia del hemisferio... y constituye un crimen de lesa humanidad”. *Ibidem*.

⁸ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992. En este sentido el artículo 17.1 de la vigente Declaración, es claro: “Todo acto de desaparición forzosa será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos”.

⁹ Así, conforme el *General Comment on article 17 of the Declaration*: El sentido y propósito general del artículo es el de asegurar las condiciones que permitan que los responsables de actos constitutivos de desaparición forzada sean llevados ante la justicia dentro de una concepción restrictiva de los instrumentos de prescripción legal (pto. 27); en definitiva, “*The article is intended to prevent perpetrators of those criminal acts from taking advantage of statutes of limitations*”, y así, la interpretación del artículo 17 debe ser acorde con las previsiones de los artículos 1 (1), 2 (1), 3 y 4 de la Declaración, con miras a establecer la severa persecución penal de estos crímenes que permita la erradicación de tal práctica. Esto será lo que explique y justifique el enfoque restrictivo en la aplicación de tales limitaciones legales respecto tal tipología delictiva (pto. 32), *Compilation of General Comments on the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*, http://www.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GeneralCommentsCompilation_May06.pdf.

*Interamericana sobre desaparición forzada de personas*¹⁰, o la nueva *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* unánimemente aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el pasado 20 de diciembre de 2006 y en abierto proceso de ratificación —en el caso de España iniciado el trámite por acuerdo del Consejo de Ministros del pasado 15 de junio de 2007¹¹—; Tanto es así que dicho consustancial carácter permanente de la desaparición forzada de personas ha venido a ser, de hecho, el principal escollo a toda pretensión de validez o reconocimiento de las distintas fórmulas *pro impunidad* a medida de los perpetradores frente al deber de persecución universal e imprescriptible hasta en las regiones más alejadas de la tierra, en lo que habrá de ser materia atinente a toda la humanidad y no cuestión privativa de ningún Estado sobre la que disponer.

En otras palabras, sin investigación efectiva de los hechos por parte del Estado, sin que se respete el derecho de los familiares a conocer la verdad, y sin plena reparación a los mismos, la desaparición forzada de personas quedará, respecto a la entera comunidad internacional, más allá del alcance de amnistías domésticas y leyes de punto final, siendo esta una nota específica y diferenciadora de esta tipología delictiva incluso respecto a otros crímenes de carácter internacional¹². Como señalaría todavía con contundencia Crespo Barquero en relación al caso Pinochet, “el delito de desaparición forzada, es decir, los secuestros o detención ilegal de una persona con desaparición, sin dar razón de su paradero, es, en la legislación española, en la legislación británica y en todas las legislaciones un delito de efecto permanente. En consecuencia, se consuma desde que se produce la desaparición y mientras no vuelva a aparecer la persona secuestrada o se tenga certeza de su muerte”¹³. Mientras la situación de desaparición no se vea interrumpida en tales términos y no quede esclarecido el paradero del desaparecido, o de

¹⁰ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Así conforme su artículo tercero, “(...) Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”.

¹¹ Y así conforme al artículo 5 de la misma: “La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable”; Mientras el artículo 8 señala como, sin perjuicio de lo dispuesto en dicho artículo “Cada Estado Parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal:

a) Sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito;

b) Se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito”. Tal y como señalaría igualmente la resolución 56/83 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en su artículo 14.2: “2. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el periodo en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional”. Véanse los comentarios al respecto en Crawford, J. (2004): *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*, Dykinson, Madrid, pág. 174 y ss.

¹² Así, ya el artículo 18 de la Declaración de 1992 establecería, con especial significación para el caso español: 1. Los autores o presuntos autores de actos previstos en el párrafo 1 del artículo 4 *supra* no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal. 2. En el ejercicio del derecho de gracia deberá tenerse en cuenta la extrema gravedad de los actos de desaparición forzada. Señalándose igualmente en los *General Comments*, pto. 8, como aún en los casos excepcionales en los que tales leyes de amnistía pudieran resultar compatibles con la práctica de desapariciones forzadas, estas deberán observar determinados límites, y entre ellos: (c) Los perpetradores de las desapariciones no han de beneficiarse de tales leyes en tanto el Estado no haya cumplido plenamente sus obligaciones de investigar las circunstancias relevantes resultantes en la desaparición, de identificar y detener a los perpetradores, y asegurar la satisfacción del derecho a la justicia, verdad e información, restitución, reparación, rehabilitación y compensación a las víctimas. Los procesos de verdad y reconciliación en nada han de oponerse a la paralela función de los procesamientos e investigaciones especiales respecto las desapariciones, *General comment on article 18 of the Declaration WGEID Report 2005 (E/CN.4/2006/56)*, *Compilation of General Comments on the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*, http://www.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GeneralCommentsCompilation_May06.pdf.

¹³ Crespo Barquero, P. (2000): “La Justicia y los <<desaparecidos>> de las dictaduras chilena y argentina”, en Delgado, I. (Coord.): *Impunidad y derecho a la memoria: de Pinochet a Timor*, Sequitur, Madrid, pág. 63-64.

sus restos mortales, la consumación continuará abierta y no podremos hallarnos ante otra cosa, por el contrario, que no sea un “punto y seguido”, sostenido en el tiempo, de especial trascendencia todo ello si dicha consumación se prolonga además hasta el momento actual, más allá incluso de la entrada en vigor en julio de 2002 del Estatuto de Roma siendo España uno de sus firmantes. La concreta significación jurídica de todo ello a la vista de un mecanismo de *complementariedad* precisamente previsto para los contextos consolidados de impunidad y constatada inhibición por parte de las autoridades del lugar, habrá de ser, sin duda, del más amplio alcance¹⁴.

Así, si quiera brevemente encuadrada la actualidad y urgencia jurídica de la cuestión en sus orígenes conceptuales y contexto normativo internacional, nos centraremos aquí, particularmente, en los parámetros esenciales que marcan la correcta actuación del Estado democrático y de derecho que, como en el caso de la reestablecida democracia española, se ve confrontado con una violación masiva y manifiesta de los derechos humanos de tal sobrecogedora magnitud. Ello tanto respecto el análisis de los concretos mecanismos de atribución de responsabilidad internacional por su propia actuación *una vez retomada la andadura democrática* —y no sólo ya la consabida responsabilidad del periodo dictatorial—, conforme el denominado principio de diligencia debida en la tutela de los derechos humanos, como, sobre todo, respecto el comentario de las principales sentencias de la Corte que han dado lugar a la progresiva concreción y desarrollo del alcance y perfil jurisprudencial de las medidas reparatorias *seriamente debidas* a estas víctimas en virtud de ello mismo —lo que en realidad habrá de interesarnos aquí por encima de cualquier otra consideración—, muy especialmente en cuanto a la clara comparativa resultante entre el ser y el deber ser internacional, verdaderamente a la vista por si mismo en el caso del sometimiento a desaparición forzada, por decenas de miles, de los defensores de la Segunda República Española.

II. LA HISTORICA SENTENCIA VELASQUEZ RODRIGUEZ CONTRA HONDURAS Y EL PRINCIPIO DE DILIGENCIA DEBIDA DEL ESTADO ANTE LA DESAPARICION FORZADA

Suscitada ante la desaparición de Manfredo Velásquez, joven estudiante activista introducido a la fuerza en un vehículo por varios hombres armados el 12 de septiembre de 1981 en el centro de Tegucigalpa y a plena luz del día, el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*¹⁵ supondría un significativo desarrollo de las reglas de imputación de la responsabilidad internacional del Estado ante las desapariciones forzadas perpetradas bajo su jurisdicción, o, más ampliamente, ante los actos de cualesquiera agentes que lesionen los derechos humanos bajo la misma, suponiendo, de hecho, la consagración jurisprudencial de el principio de diligencia debida en este ámbito.

Varias serían las valiosas consideraciones de la Corte Interamericana ante tan fundamental cuestión.

¹⁴ Para un análisis monográfico de éste y otros aspectos ligados a la olvidada cuestión, desde el ámbito del Derecho penal internacional y pese a su vigente trascendencia, de los crímenes contra la humanidad de desaparición forzada perpetrados por la dictadura franquista nos remitimos aquí a nuestro estudio monográfico de próxima aparición, Rodríguez Arias, M.A. (2007): *El caso de los niños perdidos del franquismo: Crimen contra la humanidad*, Colección Marino Barbero Santos, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, investigación centrada en la poco tratada modalidad de desaparición forzada infantil y de la que es deudora el presente artículo sobre la desaparición forzada seguida de ejecución extrajudicial y las obligaciones internacionales del Estado, nuevamente democrático, ante dicho pasado. Para un abordaje de la cuestión de la impunidad en términos más amplios, con una extensa documentación histórica, jurídica, periodística y de opinión relativa a la misma nos es obligado remitir aquí a la web del Equipo Nizkor y su informe, *La cuestión de la impunidad en España y los crímenes franquistas*, de 14 de Abril de 2004, suscrito por una larga serie de organizaciones sociales, en <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/im-puesp.pdf>

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988.

En primer lugar, respecto el deber de proteger y garantizar los derechos humanos como compromiso expresado en incontables instrumentos internacionales ratificados por los Estados, que “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación” sino que implicara “la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹⁶, la Corte Interamericana reafirmará “el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹⁷ de modo que “como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”¹⁸.

En segundo lugar, desde la complementaria afirmación fundamental de que las infracciones de tales deberes por parte de los Estados no podían ser juzgadas aplicando reglas que tengan en cuenta elementos de naturaleza psicológica, orientados a calificar la culpabilidad individual de sus autores, la Corte Interamericana sostendrá como, a los efectos del análisis de la diligencia del Estado será *irrelevante* la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, “hasta el punto que la infracción a la misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado. Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente”¹⁹, en definitiva, de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos²⁰.

De modo que, conforme tal posicionamiento “el Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”²¹, haciéndose, en caso contrario, acreedor de responsabilidad internacional.

Y así, pormenorizadamente y conforme tal sentencia:

— El deber de prevención abarcará todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. Como señalará igualmente la Corte, no es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte; se tratará de una obligación de medio o comportamiento y no se demostrará su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado²².

— El Estado estará, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. *Si el aparato del*

¹⁶ *Idem*, párr. 167.

¹⁷ *Idem*, párr. 166.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Velásquez Rodríguez, *ob cit.* párr. 173.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Velásquez Rodríguez, *ob cit.* párr. 174.

²² *Idem*, párr. 175.

*Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción*²³.

— Más aún, con especial relevancia para el establecimiento de los deberes de búsqueda de los desaparecidos por parte de las propias instituciones gubernamentales, y en ningún caso relegada la cuestión al ámbito privado familiar como señalará la Corte:

En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar también será, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el sólo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. *Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad*²⁴.

De modo que, frente a tales deberes positivos de actuación diligente, la completa inhibición mostrada, en cambio, respecto los mecanismos teóricamente adecuados del Estado hondureño para atender a la investigación de la desaparición de Manfredo Velásquez, así como respecto al cumplimiento de deberes como la reparación de los daños causados y la sanción a los responsables —sin que tampoco los órganos del Poder Ejecutivo abordaran, por su parte, una investigación seria para establecer la suerte del desaparecido— determinaría la responsabilidad y condena internacional sin paliativos de Honduras²⁵; más aún cuando los hechos denunciados se referían a una práctica cumplida dentro del seno de la institución armada la cual, por su naturaleza, está cerrada a investigaciones particulares²⁶, cerrándose pues con ello, sobre si mismo, el círculo de la impunidad —el Estado que efectivamente puede, y debe, investigar la desaparición se inhibe y contribuye a la impunidad abandonando a las víctimas a su esfuerzo y el de sus familias que, por el contrario, aún queriendo hacerlo, no tendrá el acceso a los registros y expedientes militares—.

Dicha configuración de la diligencia debida jurisprudencialmente sentada ante las desapariciones forzadas en Velásquez Rodríguez contra Honduras sería además progresivamente acogida en lo internacional, en ámbitos tales como la lucha a la discriminación contra la mujer y la violencia de género²⁷ o de la violación de los Derechos Económicos y Sociales²⁸ como parámetro concreto de medición de el esfuerzo y la voluntad política desplegados por el Estado para cumplir sus obligaciones en materia de

²³ *Idem*, párr. 176, cursivas propias; la propia Corte definiría posteriormente “impunidad” como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Paniagua Morales y otros contra Guatemala*, sentencia de 8 de marzo de 1998, párr. 173.

²⁴ *Velásquez Rodríguez*, *ob cit.* párr. 177, cursivas propias.

²⁵ *Idem*, párr. 178 y 180.

²⁶ *Idem*, párr. 180.

²⁷ Así el principio de la *diligencia debida* habrá sido igualmente plasmado en distintas resoluciones y posicionamientos de organismos de Naciones Unidas como la Recomendación General 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, “La violencia contra la mujer”, 11^º período de sesiones, 1992, A/47/38, párr. 9; en la posterior *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, de la propia Asamblea General, Resolución 48/104 de 20 de diciembre de 1993, particularmente su Art. 4 c), hasta llegar, más recientemente, a la Resolución 55/66, *Hacia la eliminación de los delitos de honor cometidos contra la mujer*, dónde se recogerá también expresamente como: “los delitos de honor cometidos contra la mujer son una cuestión de derechos humanos y que los Estados tienen la obligación de ejercer la diligencia debida para impedir esos delitos, investigarlos, castigar a los autores y dar protección a las víctimas, y que no hacerlo constituye una violación de los derechos humanos”, Doc. ONU. A/RES/55/66, de 31 de enero de 2001.

²⁸ Vid. *Directrices de Maastricht sobre las Violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, doc. ONU E/C.12/2000/13; véase igualmente, “El principio de la diligencia debida”, en: Amnistía Internacional (2000): *Respetar, proteger, observar...los derechos humanos de la mujer*, Índice AI: IOR 50/01/00/s.

derechos humanos, ofreciéndonos, como ha sido igualmente señalado, un *umbral* de la acción y el esfuerzo que debe realizar un Estado para cumplir con su deber de proteger a las personas contra el abuso de sus derechos.

III. EL CASO BÁMACA VELÁSQUEZ CONTRA GUATEMALA: LA OBLIGACION DE EXHUMAR LOS RESTOS MORTALES Y EL RECONOCIMIENTO DE LOS FAMILIARES COMO VÍCTIMAS DE LA DESAPARICION FORZADA

En el caso Bámaca Velásquez contra Guatemala²⁹, Efraín Bámaca Velásquez, conocido como Comandante Everardo, desaparecería a manos del ejército guatemalteco en marzo de 1992 entre informaciones contradictorias que apuntaban tanto a su posible ejecución como a su condición de “prisionero secreto” de las autoridades para ser sometido a torturas con la finalidad de “romperlo psicológicamente” y “maximizar su valor de inteligencia” e información, en la terminología militar empleada³⁰. En medio de obstáculos, dilaciones y negativas de las autoridades, su esposa y otros allegados iniciarían una ardua lucha para determinar el paradero del desaparecido que les llevaría a protagonizar varias huelgas de hambre ante las instituciones nacionales, a captar la atención de los medios de comunicación en EEUU y emprender distintas acciones legales y diplomáticas, concurrendo, además, otros elementos trágicos no esclarecidos como el asesinato de Shilvia Jerez fiscal asignada al caso.

Varias serán las cuestiones de trascendencia abordadas en el fallo para el desarrollo del tratamiento internacional de las desapariciones forzadas en clave de diligencia debida, brillando con luz propia los análisis formulados en sus votos razonados por los magistrados Cançado Trindade y García Ramírez desde una postura concordante con el posicionamiento de la Corte.

a) La obligación del Estado responsable de devolver los restos mortales a los familiares

En primer lugar y como señalará García Ramírez, de un lado se partirá de la constatación del “derecho que asiste a los familiares de una persona que ha fallecido de recibir los restos mortuorios de ésta, independientemente de cualesquiera consideraciones étnicas, religiosas, culturales que particularicen el caso”, “un derecho universal, irreductible”³¹; y ello sin perjuicio de que, en todo caso, se haya tomado en consideración adicionalmente “la relevancia específica que la recepción, la honra y la adecuada inhumación de esos restos poseen en la cultura maya, *etnia mam*, a la que perteneció la víctima y pertenecen sus allegados. No hay conflicto alguno entre estos derechos, que

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000.

³⁰ No habrán de faltarnos tampoco referentes inmediatos de esto mismo en los últimos años, en lo que representará una tercera modalidad específicamente reconocible de crimen contra la humanidad de desaparición forzada, como sustracción del sujeto de la tutela del derecho, no ya con fines de ejecución extrajudicial o de robo de su identidad, sino con las aludidas finalidades de tortura y ruptura psicológica del sujeto, al servicio de la inteligencia militar —también aquí *en la noche y la niebla*, como solución más efectiva en sus resultados ante lo incierto del veredicto condenatorio de los tribunales como señalara Keitel, pues esa fue precisamente la idea central del *Nacht und Nebel Erlass*, la articulación de un sistema alternativo desde el que llevar a cabo sin interferencias la finalidad pretendida por las autoridades—, siendo de obligada referencia aquí el informe recientemente publicado por Amnistía Internacional: *United States of America, Below the radar: Secret flights to torture and 'disappearance'*, AI Index: AMR 51/051/2006, <http://web.amnesty.org/library/Index/ENGAMR510512006>; Igualmente tratado todo ello al abordar el concepto y perspectivas de desarrollo de la desaparición forzada en *Los niños perdidos del franquismo: crimen contra la humanidad*, *ob cit.*

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de reparaciones de 22 de febrero de 2002, Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 2.

son manifestaciones o círculos concéntricos de una misma facultad jurídicamente tutelada³²; ello mientras por su parte Cançado Trindade desde un enfoque más antropológico y sociocultural calificaría esta cuestión como “una preocupación de las más antiguas del ser humano” como lo ejemplificarán obras como, el *Libro de los Muertos de los Antiguos Egipcios* (de 2350-2180 a.C.), “un tema verdaderamente universal, además de perenne, cultivado por las culturas de todos los pueblos en todos los tiempos”³³, destacando por tanto lo “verdaderamente penoso y preocupante” de constatar que no es esta la primera vez que, en casos sometidos al conocimiento de la Corte Interamericana, se presenta, en el marco de la desaparición forzada de personas, tal falta de respeto de las autoridades del Estado por los restos mortales³⁴; para Cançado Trindade esta habría de ser una cuestión de verdadero vínculo de solidaridad social no sólo entre los miembros vivos de la comunidad, esto es, en el espacio sino también hacia los ya fallecidos, desde una dimensión ya temporal de pertenencia, llegando a apuntar en su voto razonado:

El presente caso, en efecto, realza la necesidad de considerar el ser humano en relación con el medio social en que vive (y muere), y sus derechos en relación con el medio social en que son ejercidos. (...) lo que concebimos como el *género humano* abarca no sólo los seres vivos (titulares de los derechos humanos), sino también los muertos (con su legado espiritual). El respeto a los muertos se debe efectivamente en las personas de los vivos. La solidaridad humana tiene una dimensión más amplia que la solidaridad puramente social, por cuanto se manifiesta también en los lazos de solidaridad entre los muertos y los vivos (...) En definitiva, los vivos y los muertos encuéntranse mucho más vinculados de lo que uno pueda *prima facie* suponer, y esta realidad no puede seguir siendo ignorada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en evolución³⁵.

No iría desencaminada dicha especial sensibilidad manifestada en torno a toda esta cuestión por Cançado Trindade y dicha realidad no seguiría ocupando un segundo plano mucho más tiempo siendo, de hecho, la nueva Convención Internacional de Naciones Unidas contra las desapariciones forzadas la que, en sus artículos 15 y 24.3 contemplaría expresamente esta cuestión³⁶, lo que constituiría una de las concretas innovaciones respecto la precedente declaración de 1992. Esto es: el consenso convencional internacional, unánime, del deber positivo del Estado de exhumar como medida de la diligencia esperable y de reparación a las víctimas ante esta modalidad de violación de los derechos humanos que habrá de tener así en España uno de los países más afectados del globo al hallarse aún su entero territorio, de norte a sur, sembrado de incontables fosas comunes y enterramientos masivos, sin identificar mientras los familiares siguen sin conocer de forma cierta la suerte de sus seres queridos.

³² *Ibidem*.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 8.

³⁴ *Idem*, párr. 1.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de reparaciones de 22 de febrero de 2002, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 25; Y abundando sobre la misma idea: “La solidaridad humana se manifiesta en una dimensión no sólo espacial —es decir, en el espacio compartido por todos los pueblos del mundo, sino también en una dimensión temporal —es decir, entre las generaciones que se suceden en el tiempo, tomando el pasado, presente y futuro en conjunto. Es la noción de solidaridad humana, entendida en esta amplia dimensión, y jamás la de soberanía estatal, que se encuentra en la base de todo el pensamiento contemporáneo sobre los derechos inherentes al ser humano”, *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 23.

³⁶ “*Artículo 15*. Los Estados Partes cooperarán entre sí y se prestarán todo el auxilio posible para asistir a las víctimas de las desapariciones forzadas, así como en la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, en la exhumación, la identificación de las personas desaparecidas y la restitución de sus restos.”

“*Artículo 24.3*. Cada Estado Parte adoptará todas las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos.”

b) La ampliación de la posición de víctima ante el sufrimiento de los familiares privados de los restos mortales y del derecho a conocer la verdad

La misma constatación de lo anterior, conllevará otra consecuencia aún si cabe más trascendente: el reconocimiento de la especial posición de los familiares, tanto por el carácter inhumano de tal tratamiento dispensado a éstos por parte del Estado como por la reafirmación del derecho igualmente vulnerado a conocer la verdad en torno a las circunstancias de la desaparición: de la negación estatal de ambos extremos resultará la plena consideración jurídica como propias víctimas de la desaparición de los familiares y allegados, junto a los propios desaparecidos.

Y así será también recogido expresamente por primera vez en el artículo 24 de la nueva Convención de diciembre de 2006³⁷, aún si en el artículo 19 de la aún vigente Declaración de 1992 cabía percibir ya un reconocimiento implícito a este respecto:

Las víctimas de actos de desaparición forzada y sus familiares deberán obtener reparación y tendrán derecho a ser indemnizadas de una manera adecuada y a disponer de los medios que les aseguren una readaptación tan completa como sea posible. *En caso de fallecimiento de la víctima a consecuencia de su desaparición forzada, su familia tendrá igualmente derecho a indemnización*³⁸.

Como recapitulará Cançado Trindade ante el caso Bámaca:

Ya en ocasiones anteriores, como en el caso *Blake* (Sentencias sobre el fondo, del 24.01.1998, y reparaciones, del 22-01-1999), y en el caso de los «Niños de la Calle» (Sentencia sobre el fondo, del 19-11-1999), la Corte Interamericana expuso correctamente la fundamentación jurídica de la *ampliación de la noción de víctima*, a abarcar, en las circunstancias específicas de los referidos casos (en los cuales los restos mortales de los victimados estuvieron no-identificados u ocultados por algún tiempo), también los familiares inmediatos de las víctimas directas. (...) La ampliación de la noción de víctima vuelve a ocurrir en el presente caso, en relación con los familiares inmediatos del Sr. Efraín Bámaca Velásquez. El intenso sufrimiento causado por la muerte violenta de un ser querido es aún más agravado por su desaparición forzada, y revela una de las grandes verdades de la condición humana: la de que la suerte de uno encuéntrase ineluctablemente ligada a la suerte de los demás. Uno no puede vivir en paz ante la desgracia de un ser querido. Y la paz no debería ser un privilegio de los muertos. La desaparición forzada de una persona victimiza igualmente sus familiares inmediatos (a veces desagregando el propio núcleo familiar), tanto por el intenso sufrimiento y la desesperación causados, cuanto por sustraer a todos del manto protector del Derecho. Este entendimiento ya forma hoy, en el umbral del siglo XXI, *jurisprudencia constante* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁹.

Ello mientras, en su voto razonado sobre la sentencia de fondo García Ramírez destacará el avance de la sentencia Bámaca Velásquez, en el contexto de una jurisprudencia evolutiva que trabaja sobre las figuras de víctima directa e indirecta y beneficiarios de aquélla, en la línea de elaboración de un concepto amplio de víctima de la violación “que distingue entre la afectación de derechos correspondientes al señor Efraín Bámaca Velásquez, por una parte, y la vulneración de derechos de los familiares

³⁷ “Artículo 24. 1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por «víctima» la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada.”

³⁸ Artículo 19 de la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas ob cit.*, cursivas propias. Una vez igualmente considerados víctima de la desaparición, pues, los familiares más allegados, el resto de la familia seguirá teniendo el derecho a la indemnización incluso tras la muerte de estos, y no ya sólo respecto los propios desaparecidos, hecho este igualmente trascendente respecto el caso español. Así por ejemplo, y entre los más recientes pronunciamientos, en el caso Serrano Cruz contra el Salvador la familia será igualmente indemnizada por el sufrimiento experimentado durante los años de búsqueda por la ya fallecida madre de las desaparecidas.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade a la sentencia de fondo del caso Bámaca Velásquez, párr. 39 y 40.

de éste y de la señora Jennifer Harbury, por la otra. Es claro que algunas violaciones recayeron directa e inmediatamente sobre aquél; otras, sobre la señora Harbury y los familiares cercanos del señor Bámaca⁴⁰; de modo que “la distinción técnica entre ambas categorías no implica que alguna de ellas revista mayor jerarquía para los fines de la tutela jurídica. Ambas se hallan igualmente tuteladas por la Convención y pueden ser atendidas en la Sentencia, tanto para considerarlas, sustantivamente, como sujetos pasivos de una violación, acreedores a reparaciones, como para atribuirles legitimación procesal, de manera genérica e indistinta”⁴¹.

En cuanto al derecho a la verdad, igualmente plasmado con contundencia como una de las obligaciones del Estado en la nueva Convención de Naciones Unidas contra las desapariciones forzadas⁴², Cançado Trindade apuntaría también una dimensión más amplia de la que se pueda desprender *prima facie* del artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴³:

Más allá del enunciado en aquella disposición, que inspiró otras disposiciones con géneros de distintos tratados de derechos humanos, el derecho a la verdad, en última instancia, se impone también en señal de respeto a los muertos y a los vivos. El ocultamiento de los restos mortales de una persona desaparecida, en una flagrante falta de respeto a los mismos, amenaza romper el lazo espiritual que vincula los muertos a los vivos, y atenta contra la solidaridad que debe guiar los rumbos del género humano en su dimensión temporal⁴⁴ (...) Dado que el Estado tiene el deber de hacer cesar las violaciones de los derechos humanos, la prevalencia del derecho a la verdad es esencial para el combate a la impunidad y se encuentra ineluctablemente ligada a la propia *realización* de la justicia, y a la garantía de no repetición de aquellas violaciones⁴⁵.

c) La difusión de la propia sentencia como forma de conceder satisfacción honorífica

Finalmente la sentencia Bámaco Velásquez establecería la publicación en el Diario Oficial, y en otro de tirada nacional, como medida de satisfacción honorífica, tal y como será posteriormente recogido en los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* proclamados por la Asamblea General de Naciones Unidas⁴⁶, lo que en palabras de García Ramírez había de servir a un triple objetivo:

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de fondo del caso Bámaca Velásquez, párr. 4.

⁴¹ *Idem*, párr. 5.

⁴² Nótese, así, la propia sistematización de dicho derecho junto a la ampliación de la condición de víctima, siguiendo la misma lógica expresada en su desarrollo por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme lo aquí expuesto, en el propio apartado segundo del artículo 24 para captar la trascendencia profunda de la praxis jurisprudencial de este organismo: “2. Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto”. Entorno a los orígenes del concepto en el Primer Protocolo adicional a la Convención de Ginebra, art 32, y en sede de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas y el caso *Elena Quinteros contra Uruguay* véase Pérez Solla, M^g. F. (2006): *Enforced Disappearances in international human rights*, McFarland and Company Inc. Publishers, North Carolina, pág. 91 y ss.

⁴³ Conforme el mismo, «todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión».

⁴⁴ Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade a la sentencia de fondo en *Bámaca Velásquez*, *ob cit*, párr. 31.

⁴⁵ *Idem*, párr. 32.

⁴⁶ Principio 22, medidas de satisfacción: d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella. Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

a) Por una parte, la satisfacción moral de las víctimas o sus derechohabientes, la recuperación de una respetabilidad y un crédito que pudieron verse mellados por versiones y comentarios erróneos o falaces; b) por la otra, la formación y el fortalecimiento de una cultura de la legalidad en favor, sobre todo, de las nuevas generaciones; y c) finalmente, el servicio a la verdad en bien de los agraviados y de la sociedad en su conjunto. Todo ello se inserta en el amplio régimen de reconocimiento y tutela de los derechos y en la correspondiente preservación de los valores de una sociedad democrática⁴⁷.

Concluyendo todavía a este respecto como, de hecho, la Corte pudo ir más lejos en tal aspecto, trascendiendo el ámbito territorial del Estado responsable de la violación de los derechos humanos, alcanzando el Estado de residencia de los familiares.

Si se atiende al conjunto de las circunstancias y al propósito de la medida de satisfacción que entraña esta especie de reparaciones, resultaría pertinente que la sentencia se publicase asimismo en el lugar donde reside la persona afectada por el juicio de la opinión pública. En efecto, se trata de que ésta encuentre debida satisfacción social precisamente en el medio donde normalmente se encuentra y desenvuelve. Mediante la difusión de ciertos capítulos de la sentencia no sólo se procura informar al público sobre un hecho relevante, sino también atraer el aprecio social hacia quienes se vieron involucrados en aquél y padecieron injustamente la vulneración de sus derechos⁴⁸.

IV. BASTANTE MAS ALLA DE LA CONDENA MORAL: EL CASO MOLINA THEISSEN CONTRA GUATEMALA Y EL MANDATO JUDICIAL DE CREAR UNA BASE NACIONAL DE DATOS GENETICOS

El caso Molina Theissen, familia vinculada a la Universidad guatemalteca y significativa por su oposición al régimen, se originará cuando el 6 de octubre de 1981 varios miembros del ejército irrumpen en el domicilio y, tras registrar el inmueble, se llevan a la fuerza al menor Marco Antonio Theissen, de 14 años de edad, introduciéndole a la fuerza en un costal de nailon.

Suscitado el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos Guatemala reconocería su responsabilidad en los hechos —en la línea del reconocimiento público de responsabilidades previamente realizada por parte del Jefe del Estado el 9 de agosto de 2000—, retirará las excepciones preliminares inicialmente presentadas y reconocerá su responsabilidad por la violación de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5.1, 5.2, 7, 8, 17, 19 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos “y por el incumplimiento de la obligación internacional adquirida en los artículos I y II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en perjuicio del niño Marco Antonio Molina Theissen, sin entrar a determinar la responsabilidad particular o individual de los presuntos victimarios”⁴⁹. En la audiencia pública, las autoridades del Estado expresarían además su “profundo sentimiento de pesar por los hechos vividos y sufridos por Marco Antonio Molina Theissen y su familia desde el 6 de octubre de 1981” pidiéndoles perdón como “una primera muestra de respeto, reparación y garantía de no repetición”⁵⁰.

Aún positivamente valorado por la Corte tal reconocimiento expreso de responsabilidad y petición de perdón por parte del Estado como contribución a la vigencia de los derechos humanos, lógicamente, la escenificación de tal desagravio en sede judicial no sólo no tendrá *per se* carácter sustitutivo alguno respecto el conjunto de las plenas

⁴⁷ Voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones del caso *Bámaca Velásquez*, *ob cit*, párr. 3.

⁴⁸ Voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia de reparaciones del caso *Bámaca Velásquez*, *Ibidem*.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Molina Theissen contra Guatemala*, sentencia sobre el fondo 4 de mayo de 2004, párr. 36.

⁵⁰ *Ibidem*.

reparaciones debidas a las víctimas, sino que ni tan siquiera exoneraría a Guatemala de un adicional, y más específico, acto público de reconocimiento y desagravio hacia la familia Theissen como reflejaría la sentencia. Las medidas simbólicas y de expresión de condolencias no exoneraría, ni sustituiría, el alcance total de la responsabilidad internacional del Estado ante sus víctimas.

Así, la sencilla evidencia, sorprendentemente no siempre tomada en cuenta —y no sólo por Guatemala—, de que el deber positivo de actuar del Estado ante la desaparición forzada trasciende los actos de homenaje y las buenas intenciones para alcanzar, o no, el debido cumplimiento de la plenitud de las medidas reparatorias internacionalmente previstas, resultará, pues, la primera constatación de la sentencia Molina Theissen. Antes al contrario: el arrepentimiento y reconocimiento de las autoridades habrá de constituir sin duda la más deseable actitud para que el Estado se apreste a enmendar, finalmente y sin mayor tardanza, la situación derivada de su precedente inhibición en la materia, cumpliendo de buena fe con sus obligaciones hacia las víctimas y cesando en su violación de la legalidad internacional en materia de derechos humanos.

Entre los distintos deberes reparatorios de actuar positivo igualmente impuestos a las arrepentidas autoridades de Guatemala —al margen de la propia satisfacción de las indemnizaciones monetarias igualmente firme— la sentencia sobre reparaciones de 3 de julio de 2004 contemplaría, pues, las siguientes obligaciones:

a) Obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones, e identificar, juzgar y sancionar a los responsables

A este respecto de un lado la Corte destacará los sentimientos de inseguridad, impotencia y angustia de los familiares debidos a la propia deficiente investigación emprendida por las autoridades, que habría impedido sancionar a los responsables en una situación calificada de “imperio de la impunidad”, señalando con toda claridad:

A la fecha de esta Sentencia, después de más de veintidós años de ocurridos los hechos del presente caso, no se ha identificado, juzgado y sancionado a los responsables de la desaparición forzada de Marco Antonio Molina Theissen. Por lo tanto, se ha configurado una situación de impunidad que constituye una infracción del deber del Estado al que se ha hecho referencia, lesiona a la víctima y a sus familiares y propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos de que se trata⁵¹.

Y ello al tiempo que la Corte incidirá nuevamente, al igual que respecto el caso Bámaco Velásquez, en el derecho de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y sus familiares a conocer la verdad:

Los familiares de Marco Antonio Molina Theissen tienen derecho de conocer lo sucedido a éste y saber dónde se encuentran sus restos. Este derecho a la verdad ha venido siendo desarrollado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su reconocimiento puede constituir un medio importante de reparación. Por lo tanto, en este caso, el derecho a la verdad da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima⁵².

Una y otra consideración convergerán en la argumentación de la Corte en el concreto deber positivo de investigar efectivamente los hechos con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los autores materiales e intelectuales de la desaparición forzada de Marco Antonio, debiendo ser además el proceso públicamente divulgado, para que la entera sociedad guatemalteca conozca la verdad, puntualizando todavía:

La Corte advierte que el Estado debe garantizar que el proceso interno tendiente a investigar, juzgar y sancionar a los responsables de los hechos de este caso surta sus

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Molina Theissen contra Guatemala, sentencia sobre reparaciones de 3 de julio de 2004, párr. 79.

⁵² *Molina Theissen, reparaciones, ob cit*, párr. 81.

debidos efectos. Además, el Estado deberá abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, así como medidas que pretendan impedir la persecución penal o suprimir los efectos de la sentencia condenatoria⁵³.

b) Obligación de buscar los restos mortales de la víctima y entregarlos a sus familiares como garantía de no repetición

Siguiendo igualmente lo antes analizado respecto el caso Bámaca Velásquez, y reconocida esta medida entre las reparaciones atinentes a las denominadas “garantías de no repetición”, la Corte Interamericana será igualmente tajante, puntualizando todavía varios aspectos del deber estatal a tal respecto:

Este Tribunal considera que el Estado debe localizar y hacer entrega de los restos mortales de Marco Antonio Molina Theissen a sus familiares, a fin de que reciban sepultura según sus costumbres y creencias. Además, el Estado debe brindar las condiciones necesarias para trasladar dichos restos al lugar de elección de sus familiares, sin costo alguno para ellos, y satisfacer los deseos de la familia en relación con la sepultura⁵⁴.

c) Designación de un centro educativo con el nombre de los desaparecidos como forma adicional de homenaje y desagravio

Junto a la ya aludida publicación de la sentencia dos serán las medidas adicionalmente impuestas a Guatemala dándose un paso más en este ámbito⁵⁵.

La primera, más allá del arrepentimiento expresado por las autoridades, y precisamente “para que dicha declaración rinda plenos efectos de reparación a las víctimas y sirva de garantía de no repetición”⁵⁶, consistirá en la organización de un *acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y en desagravio de Marco Antonio Molina Theissen y de sus familiares*, acto que *deberá* contar, además, con la presencia de altas autoridades del Estado,

La segunda consistirá en la “designación de un centro educativo existente ubicado en la ciudad de la comisión de los hechos, con un nombre que aluda a los niños desaparecidos durante el conflicto armado interno, y colocar en dicho centro una placa en tributo de Marco Antonio Molina Theissen”, y ello con la expresa finalidad de contribuir a “despertar la conciencia pública para evitar la repetición de hechos como los ocurridos en el presente caso y a conservar viva la memoria de la víctima”⁵⁷.

d) El mandato judicial de creación de una Base Nacional de Datos Genéticos

Por último, pero resultando sin duda lo más trascendente e innovador del entero fallo Molina Theissen en cuanto a medidas de diligencia debida por parte del Estado, ya en el capítulo de las *medidas legislativas, administrativas y de otra índole* que resulten necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos, la Corte expresará su convicción —a la luz de las alegaciones de la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como de testigos y peritos— en torno al hecho de que en caso

⁵³ *Idem*, párr. 83. Así en el mismo sentido de los arts. 13.6 y 18.1 de la Declaración de 1992.

⁵⁴ *Idem*, párr. 85.

⁵⁵ *Molina Theissen, reparaciones, ob cit*, párr. 86.

⁵⁶ *Idem*, párr. 87.

⁵⁷ Ambas citas, *Idem*, párr. 88.

de desapariciones forzadas de personas es de suma importancia que se cuente con un banco de datos genéticos que permita identificar a las personas desaparecidas o sus restos⁵⁸, lo que, no nos es posible aquí obviarlo, en todo caso habrá de ser ubicado en el contexto de la pionera y conocida experiencia de Argentina, ya desde mediados de los ochenta, y su Base Nacional de Datos Genéticos para la localización de las víctimas de la dictadura creada por ley 23.511/87⁵⁹.

Dos serán así las medidas de obligada actuación por Guatemala a este respecto sucintamente expresadas todavía en el Caso Molina Theissen:

- a) un procedimiento expedito que permita obtener la declaración de ausencia y presunción de muerte por desaparición forzada, con fines de filiación, sucesión y reparación y demás efectos civiles relacionados con ella; y
- b) un sistema de información genética que permita la determinación y esclarecimiento de la filiación de los niños desaparecidos y su identificación⁶⁰.

V. **EL CASO SERRANO CRUZ CONTRA EL SALVADOR: EL MANDATO JUDICIAL DE CREAR UN ORGANISMO GUBERNAMENTAL DE BÚSQUEDA DE LOS DESAPARECIDOS**

El caso *Serrano Cruz contra el Salvador*⁶¹, suscitado por la desaparición de las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, vistas por última vez veintiún años antes a bordo de un transporte militar, supondrá un ulterior desarrollo respecto de buena parte de los postulados de diligencia debida hasta aquí abordados, en particular respecto una clara reafirmación del genuino carácter estatal de la acción de búsqueda de los desaparecidos, acompañada ahora además de un expreso reconocimiento de la debida garantía de la participación de las organizaciones ciudadanas, si bien en primer lugar, y junto a ello, será igualmente apreciable la propia amplitud de los términos de las indemnizaciones económicas a satisfacer por el Estado, alcanzando a las propias hermanas, con independencia de hallarse éstas aún en dicha situación de desaparición forzada y del propio fallecimiento de la madre de éstas que había suscitado la búsqueda; la obligación de reparar continuará vigente para el resto de la familia y allegados, largamente sometidos al sufrimiento de la situación creada primero —y permitida después— por el Estado en los términos de victimización jurídicamente relevante en lo internacional⁶², alcanzando igualmente las indemnizaciones, de forma congruente, “los gastos por medicinas y tratamientos psicológicos que requirieron los familiares de Ernestina y Erlinda como consecuencia del sufrimiento ocasionado por la desintegración familiar, inseguridad, frustración, angustia e impotencia ante la abstención de las autoridades judiciales de investigar diligentemente lo sucedido a Ernestina y Erlinda y

⁵⁸ *Idem*, párr. 90.

⁵⁹ Ley Nacional Argentina 23.511/87 que crea el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG) de 13 de mayo de 1987, Boletín Oficial, 10 de julio de 1987.

⁶⁰ *Molina Theissen, reparaciones, ob cit*, párr. 91. Como veremos a continuación en parecidos términos y como señalará la posterior sentencia *Serrano Cruz contra el Salvador* volviendo sobre el mismo punto: El Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para crear un sistema de información genética que permita obtener y conservar datos genéticos que coadyuven a la determinación y esclarecimiento de la filiación de los niños desaparecidos y sus familiares y su identificación. El Estado deberá cumplir con esta reparación en un plazo razonable para poder encontrar a los niños y niñas que tuviesen algo que ver con el conflicto”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Serrano Cruz contra el Salvador*, sentencia de 21 de marzo de 2005, párr. 192.

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Serrano Cruz contra el Salvador*, sentencia de 21 de marzo de 2005.

⁶² Así en el presente caso *Serrano Cruz* la Corte sostendrá: “El daño inmaterial de las hermanas Serrano Cruz y de sus familiares resulta evidente, toda vez que la falta de una investigación seria y diligente por parte de las autoridades estatales para determinar lo sucedido a aquellas y, en su caso, identificar y sancionar a los responsables, y la falta de adopción de medidas idóneas que coadyuvaran a la determinación de su paradero, impiden la recuperación emocional de los familiares y causan un daño inmaterial a todos ellos”, *Serrano Cruz*, *ob cit*, párr. 158.

determinar su paradero dentro de un plazo razonable. Asimismo, debe comprender los gastos en que incurrieron los familiares de Ernestina y Erlinda con el fin de indagar su paradero⁶³; la Corte Interamericana ordenará también, en relación a los propios colectivos y asociaciones intervinientes en apoyo de la familia Serrano Cruz, singularmente la Asociación Pro-Búsqueda del Salvador, el reintegro de todos los gastos asumidos tanto respecto las costas y gastos en que incurrió en el ámbito interno como en el proceso internacional emprendido ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos⁶⁴.

De este modo, las cuantías indemnizatorias a favor de las propias niñas perdidas habrán de ser depositadas en una cuenta y, de no poder ser finalmente localizadas —una vez seriamente activada su búsqueda por parte de las autoridades—, éstas pasarán igualmente a sus familiares.

A continuación analizaremos las innovaciones y ulterior desarrollo que el caso Serrano Cruz implicará, a su vez, respecto el caso Molina Theissen.

a) **Creación de una Comisión Nacional de búsqueda de los desaparecidos plenamente participada en su funcionamiento por la sociedad civil**

Constatada la efectiva existencia en el ámbito nacional del denominado “Decreto Ejecutivo No. 45” de creación de la ‘Comisión Interinstitucional de Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos a Consecuencia del Conflicto Armado en El Salvador’⁶⁵, la primera obligación positiva de actuar que la Corte impondrá al Salvador será la de “efectuar una búsqueda seria de las víctimas”⁶⁶, más allá de las apariencias, en el entendido de que para ello es preciso, “que se asegure que todas las instituciones y autoridades estatales se encuentren obligadas a prestar su cooperación en el suministro de información a la comisión nacional de búsqueda y en el acceso a todos los archivos y registros que pudieran contener datos sobre los posibles destinos de los jóvenes a que se hace referencia⁶⁶. Notando sobre todo la Corte, “con preocupación” como “el mencionado Decreto No. 45 establece que la referida Comisión Interinstitucional de Búsqueda estará integrada solamente por autoridades estatales, pese a que podría contar con la colaboración y acompañamiento de otras instituciones públicas como la Corte Suprema de Justicia o la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos⁶⁷.”

En ello estribará, de hecho, otra importante novedad al respecto quedando establecida por la Corte la obligación de *plena participación de las organizaciones ciudadanas en dicha Comisión de búsqueda de los desaparecidos*, justamente, como consecuencia concreta de la constatada ausencia de la diligencia estatal debida y en términos preventivos de dicha ausencia hacia el futuro. Desde una concepción de fondo de ciudadanía singularmente comprometida vendrá a consagrarse tal participación ciudadana como un antídoto a la negligencia y un elemento de garantía para las víctimas y sus derechos en el futuro funcionamiento del órgano:

Según la prueba aportada en el presente caso, los resultados positivos en la búsqueda y localización de los jóvenes desaparecidos cuando eran niños durante el conflicto armado, y su reencuentro y recuperación de las relaciones familiares no fueron conse-

⁶³ *Serrano Cruz, ob cit*, párr. 152.

⁶⁴ *Idem*, párr. 207.

⁶⁵ Así en la parte dispositiva, pto. sexto, se señalará expresamente la obligación de, en un plazo razonable, “investigar efectivamente los hechos denunciados en el presente caso, identificar y sancionar a los responsables y efectuar una búsqueda seria de las víctimas, eliminar todos los obstáculos y mecanismos de hecho y derecho que impidan el cumplimiento de dichas obligaciones en el presente caso, de modo que utilice todas las medidas a su alcance, ya sea por medio del proceso penal o mediante la adopción de otras medidas idóneas”, *Idem*.

⁶⁶ *Idem*, párr. 186.

⁶⁷ *Idem*, párr. 188.

cuencia del actuar diligente del Estado, sino de la Asociación Pro-Búsqueda y los familiares de las personas desaparecidas (...). Por ello, el Tribunal estima necesario que en la composición de la comisión nacional de búsqueda se incluya a las instituciones estatales que han mostrado interés en la solución de este problema y a otras que correspondiere por las funciones que desempeñan, así como que se dé participación a la sociedad civil a través de organizaciones no gubernamentales que se han dedicado a dicha búsqueda o que están especializadas en el trabajo con jóvenes desaparecidos, como por ejemplo la Asociación Pro-Búsqueda⁶⁸.

Y así el Estado no sólo deberá asumir el esfuerzo institucional de la búsqueda apresando a ello “todos los medios económicos, técnicos, científicos y de otra índole idóneos para determinar el paradero de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, solicitando, en caso de ser necesario, la cooperación de otros Estados y organizaciones internacionales.”⁶⁹, en la línea con el marco de obligaciones antes analizado, sino que, entrando también significativamente a dictaminar aspectos esenciales en cuanto al modo *diligente* de hacerlo, deberá garantizar igualmente las condiciones de plena participación de las organizaciones sociales en el proceso.

Con ello se introducirá además, resulta obligado hacerlo aquí autónomamente visible, un reconocible antecedente en torno a la creación de las condiciones para una plena participación ciudadana, de amplias posibilidades, en conexión a la idea de la diligencia estatal debida en la tutela Estatal de los derechos humanos, verdadera condición necesaria, más allá de las apariencias —no cabe calificarlo de otra manera a tenor del propio fallo— conforme esta histórica sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que, en si mismo, habrá de constituir un fecundo elemento de desarrollo de valiosas implicaciones en términos de modernidad, gobernabilidad democrática y derechos humanos, más allá del ámbito de este estudio.

El aseguramiento de una participación expresada en tales términos será expresión de dicha misma diligencia debida del Estado en la protección de los derechos humanos.

b) Creación de una página web informativa y de búsqueda

Otro llamativo deber positivo del Estado expresión de su debida diligencia conforme el fallo Serrano Cruz será la creación de una página web mediante la cual:

— Se difundan los nombres y apellidos, posibles características físicas, y todos los datos con los que se cuenta de las hermanas Serrano Cruz, así como de sus familiares.

— Se establezcan direcciones y teléfonos de contacto de instituciones estatales y de la sociedad civil de tal manera que “en caso que las hermanas Serrano Cruz se encontraran con vida y contactaran dicha página, tanto ellas como cualquier persona que poseyeran datos sobre dichas hermanas, puedan ubicar a los familiares, a las instituciones estatales o no estatales pertinentes, o remitir información sobre Ernestina y Erlinda y su paradero⁷⁰.

c) Designación de un día nacional dedicado a los desaparecidos durante el conflicto armado interno y otras medidas de desagravio

Junto a la publicación de la sentencia en el Diario Oficial del Estado y celebración de un acto público de reconocimiento de responsabilidad y de desagravio de las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz y sus familiares, en muy parecidos términos a lo ya

⁶⁸ Serrano Cruz, *ob cit*, párr. 188.

⁶⁹ *Idem*, párr. 181.

⁷⁰ Serrano Cruz, *ob cit*, párr. 189- 190.

establecido en el caso Molina Theissen⁷¹, la Corte considerará igualmente el deber del Estado de designar un día dedicado a los niños y niñas que, por diversos motivos, desaparecieron durante el conflicto armado interno, con el propósito de concienciar a la sociedad sobre la necesidad de que todos los salvadoreños trabajen juntos para encontrar las mejores soluciones que los conduzcan a la verdad sobre el paradero de los menores⁷².

Y así por acuerdo de la Asamblea Legislativa del Salvador de 5 de enero de 2007 sería finalmente designado el pasado 29 de marzo de 2007 como primer «Día Dedicado a las Niñas y los Niños Desaparecidos a Consecuencia del Conflicto Armado».

d) **Asistencia médica y psicológica a los familiares**

La Corte estimará igualmente preciso la activación de medidas específicas y adicionales tendentes a reducir los padecimientos de los familiares de las desaparecidas:

Con el fin de contribuir a la reparación de los daños físicos y psicológicos, el Tribunal dispone la obligación a cargo del Estado de brindar gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, el tratamiento médico y psicológico requerido por los familiares de las víctimas, incluyendo los medicamentos que éstos requieran, tomando en consideración los padecimientos de cada uno de ellos después de una evaluación individual⁷³.

Y, en un nuevo reconocimiento del valor de la participación de las organizaciones ciudadanas, puntualizará inmediatamente a continuación:

La Corte estima conveniente que se brinde participación en dicha evaluación y en la implementación de dichos tratamientos a una institución no gubernamental especializada, como por ejemplo la Asociación Pro-Búsqueda. Asimismo, en caso de que Erlinda y Ernestina sean encontradas con vida, el Estado también deberá brindarles los referidos tratamientos médicos y psicológicos⁷⁴.

Tratamientos que habrán de ser individuales, familiares y colectivos⁷⁵

La corte establecerá finalmente los respectivos plazos para la actuación de unas y otras medidas positivas del Estado conforme lo establecido en la sentencia⁷⁶.

CONCLUSIONES

Impulsada por la conmovedora determinación de los familiares de no renunciar a sus seres queridos desaparecidos, apoyada en organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, nos es posible reconocer toda una dinámica de reforza-

⁷¹ Como se señalará aquí también el Estado "debe disponer los medios necesarios para facilitar la presencia de las personas debidas en el acto y además deberá difundir dicho acto a través de los medios de comunicación, incluyendo internet. Para ello, el Estado cuenta con un plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia", *Idem*, párr. 194 y 195.

⁷² *Idem*, párr. 196.

⁷³ *Serrano Cruz, ob cit*, párr. 198.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Idem*, párr. 199.

⁷⁶ El Salvador deberá efectuar el pago de las indemnizaciones por concepto de daño material e inmaterial, el reintegro de costas y gastos y adoptar la medida de reparación referida a la realización de un acto público de reconocimiento de su responsabilidad y de desagravio a las víctimas y sus familiares, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la misma. El Estado deberá adoptar las medidas de reparación relativas al funcionamiento de una comisión nacional de búsqueda de jóvenes que desaparecieron cuando eran niños durante el conflicto armado y participación de la sociedad civil, la creación de una página web de búsqueda, la publicidad de la sentencia, la designación de un día dedicado a los niños y niñas desaparecidos durante el conflicto armado interno, y correspondientes a brindar tratamiento médico y psicológico a los familiares de Ernestina y Erlinda, dentro del plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la misma. El Salvador deberá cumplir con la obligación de investigar los hechos denunciados, e identificar y sancionar a los responsables y adoptar la medida de reparación relacionada con la creación de un sistema de información genética, dentro de un plazo razonable. *Serrano Cruz, ob cit*, párr, 208.

miento recíproco, una relación de vasos comunicantes, entre la acción de las familias, los sucesivos avances practicados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la progresiva plasmación normativa en textos internacionales de distinto rango y ámbito geográfico, desde la Declaración de 1992 a la reciente Convención de diciembre de 2006, pasando por los igualmente recientes *Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* o el *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*.

Una pionera evolución en materia de deberes de diligencia, abordada en el presente comentario jurisprudencial a cuatro actos en cuanto al sucesivo “anudado” de tales resultados —Velásquez Rodríguez contra Honduras, Bámaca Velásquez contra Guatemala, Molina Theissen contra Guatemala y Serrano Cruz contra el Salvador como hemos visto— y cuyas consecuencias para el caso español y los incontables defensores de la Segunda República masivamente sometidos a la práctica de la desaparición forzada y ejecución extrajudicial⁷⁷, resultan evidentes por sí mismas.

Y ello a pesar de los apreciables esfuerzos, por primera vez desplegados con una tal intensidad, por las autoridades españolas en los últimos tres años que, como tales, merecen ser reconocidos en su justo mérito, si bien —ello debe ser también inmediatamente apuntado— ni una sola de las medidas contempladas por el órgano internacional de tutela de los derechos humanos como expresión de la *diligencia debida* del Estado ha resultado, en realidad, plenamente asumida, como han criticado con especial dureza, entre otras, organizaciones de la solvencia de Amnistía Internacional⁷⁸; todo esto, en definitiva, en unos términos que nos resultan inquietantemente evocadores del posicionamiento —también de carácter limitado y predominantemente simbólico— de Guatemala ante la Corte Interamericana.

En dicho contexto, pues, y junto a la previsible apertura de distintas causas por parte de familiares y allegados de los desaparecidos a lo que todo ello se presta, reclamando la satisfacción de las cuantiosas indemnizaciones económicas y todas las restantes previsiones internacionales de reparación y desagravio aquí analizadas —por alguna razón más allá de nuestra comprensión jurídica, todavía hoy discrecionalmente “sustituidas” desde un completamente inexistente “principio de alternatividad reparatoria” ante el rotundo deber, por el contrario, de reparación de *todos* los daños, materiales e inmateriales⁷⁹— sin duda la cuestión de las exhumaciones y digna sepultura de los restos mortales habrá de ocupar, como ninguna otra, el centro de atención, pues como deja de manifiesto el caso Molina Theissen, no sólo se tratará de localizar y hacer entrega por parte del Estado de los restos mortales a fin de que reciban sepultura según

⁷⁷ En un incierto contexto de impactantes cifras, la condena del Consejo de Europa llegará a hablar de hasta 190.000 ejecutados o fallecidos en prisión citando las propias cifras del régimen: “En 1944, un portavoz del ministerio de justicia franquista reconoció que más de 190.000 detenidos habían sido ejecutados o habían muerto en prisión. Las fosas comunes atestiguan de la manera más terrible los medios utilizados por Franco para imponer su poder”, *Condena de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, ob cit.*, pto. 64.

⁷⁸ Véase en particular el tercero y más reciente de los estudios respecto la impunidad de los crímenes de la dictadura franquista, Amnistía Internacional (2006): *Víctimas de la Guerra Civil y del franquismo: No hay derecho. Preocupaciones sobre el proyecto de ley de derechos de las víctimas de la guerra civil y del franquismo*, <http://www.es.amnesty.org/paises/espana/pagina/victimas-de-la-guerra-civil-y-del-franquismo/>

⁷⁹ Nos remitimos aquí nuevamente a la Resolución 56/83 sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos señalará, artículo 31: “El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. 2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado”. Todo esta materia será además ampliamente desarrollada en su conjunto por los igualmente referidos *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, con independencia “de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado”, *Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas, ob cit.*, pto. 9.

sus costumbres y creencias, sino de brindar, además, las condiciones necesarias para trasladar dichos restos al lugar de elección de sus familiares y su debido homenaje⁸⁰, en lo que nos sitúa en la antesala de un propio Plan Nacional de Exhumaciones y complementaria Base Nacional de Datos Genéticos que permita la correcta identificación de los desaparecidos.

Todo ello bien como congruente expresión de una sincera asunción de responsabilidad conforme la condena formulada por las instituciones democráticas nacionales —y el activo y exigente papel desempeñado por España en la última década cuando se ha tratado de violaciones de los derechos humanos cometidas fuera de nuestras fronteras—, bien como resultado de una sustanciación judicial en sede europea, inicialmente poco alentadora, tanto a la vista de los altos estándares internacionales analizados, como del nuevo y reforzado marco convencional propiciado desde Naciones Unidas, así como de la difícilmente contestable ausencia de la diligencia debida ante estas víctimas mostrada por nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, del que cabe esperar, por el contrario, que cumpla con normalidad sus obligaciones internacionales y trate de garantizar los derechos humanos de todos los ciudadanos sin distinción alguna en razón de las propias convicciones personales, incluso *a pesar* de haber optado por comprometerse con la defensa de nuestra democracia constitucional amenazada.

⁸⁰ *Molina Theissen, ob cit*, párr. 85; mientras la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, se señalará igualmente en su pto. 11: Cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasioficial hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer al resarcimiento de las víctimas.

TEORÍA/PRÁCTICA DE LA JURISDICCIÓN

Una alternativa a las alternativas: Patrones para la solución de conflictos*

Michele TARUFFO

1. ASPECTOS DE LAS *ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION*

Uno de los fenómenos más destacados en la reciente evolución de muchos ordenamientos es el empleo masivo de los llamados métodos alternativos de solución de conflictos (denominados también ADR, de *Alternative Dispute Resolution*). Se habla mucho de ellos, se escribe mucho sobre ellos y también los legisladores dedican un número creciente de normas encaminadas a fomentar de todas las maneras posibles la utilización de estos métodos.

Es sin embargo, un fenómeno que puede llevar a malentendidos y que presenta aspectos discutibles a los que es oportuno dedicar alguna reflexión.

Ante todo, cabe destacar que no se trata de un fenómeno unitario ni homogéneo. Por un lado, dentro de las ADR, es preciso distinguir, al menos, entre *mediación* (o *conciliación*) y *arbitraje*. Estas instituciones no tienen nada en común, aparte de ser alternativas al procedimiento jurisdiccional. Por tanto, es impropio hablar en términos generales de ADR sin tener en cuenta esta distinción. Por otro lado, existen innumerables formas de mediación al igual que existen varios tipos de arbitraje, interno e internacional y, así, también desde este punto de vista toda consideración general de las ADR que prescindiera de tales variables, corre el riesgo de ser genérica y poco significativa.

Además, hay que destacar que formas de ADR tales como la mediación y el arbitraje existen desde siempre. Lo novedoso en los últimos años no es, pues, su creación, sino el énfasis que la doctrina y los legisladores ponen en estos instrumentos —y, en concreto, aunque no solamente, en la mediación o conciliación— al presentarlos ya no —como acontecía anteriormente— como métodos sustancialmente residuales de solución de controversias, sino como la «vía maestra» que las partes deberían seguir para solucionar sus conflictos. Quizá, cabría suponer que, en la práctica, la utilización de los métodos ADR es mucho menos frecuente y menos relevante de lo que se pueda inferir de la literatura en la materia. Es ésta, sin embargo, una duda que sólo podría solucionarse basándose en datos estadísticos con los que no contamos. En Italia, la información disponible demuestra que las formas organizadas de conciliación no son muy frecuentes y que solucionan un número muy limitado de controversias. Por otro lado, no hay noticia alguna sobre la frecuencia de los arbitrajes. Sin embargo, ahí está el hecho de que en estas últimas décadas, con una fuerte aceleración en los últimos 5-10 años, las ADR se han convertido en uno de los focos de atención más relevantes en el área de la justicia civil. A escala internacional, las normas que se ocupan de ellas se cuentan por miles

* Texto de la ponencia expuesta por el autor en el 9º Seminario sobre derecho y jurisprudencia, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, del Colegio de Registradores de España, los días 21-22 de julio de 2007.

Traducción de Carmen Casado Navarro.

(parece que tan sólo en Estados Unidos existen más de 2.500 que hablan de *mediation*) y al respecto se ha ido plasmando una literatura muy amplia cuya enumeración ocuparía docenas de páginas.

Las razones que subyacen a este fenómeno son variadas y no pueden analizarse aquí de forma apropiada; sin embargo, merece la pena detenerse al menos en los principales factores.

Por un lado, entran en juego elementos de carácter cultural. Contrariamente a lo que acontece en los sistemas chino y japonés, donde la filosofía confuciana constituye desde siempre la base de la tradicional predisposición a la mediación, en los ordenamientos occidentales el fundamento cultural de las tendencias favorables a las ADR es mucho más reciente y —desde ciertos puntos de vista— mucho menos sólido. Según los casos y los momentos, incluye aspectos diferentes. Uno de estos es el surgimiento, en Estados Unidos en los años 60 y 70, de una cultura «alternativa» respecto de la cultura jurídica prevaleciente, en la que los métodos conciliatorios y comunitarios de solución de controversias (especialmente las de menor valor, típicas de las clases más pobres de la sociedad) se opusieron al uso de los tribunales como remedios más accesibles y más eficaces. No es casualidad que estas orientaciones, que tuvieron un éxito bastante limitado entre los juristas norteamericanos, nacieran en el marco de la sociología y de la filosofía social. Esta cultura llega a Europa con algunas décadas de retraso (como acontece a menudo) y determina el florecimiento de una verdadera moda a favor de «las alternativas».

Un segundo aspecto, conectado con el primero, procede de la idea de que las técnicas de ADR representan una especie de «justicia co-existencial» a la que hay que dar prioridad frente a las formas de «justicia conceptual» típica del proceso. Pues, en efecto, tendría la doble ventaja de superar el conflicto en lugar de profundizarlo, como acontece a menudo con el proceso, y la adicional de hacer «justiciables» aquellas controversias que, de otra forma, quedarían irresueltas porque difícilmente se llevarían ante un tribunal. De este modo, se obtendría la tutela de derechos sin acceso a los remedios jurisdiccionales habituales, y las alternativas desempeñarían una función supletoria de la jurisdicción, contribuyendo a que todo el mundo pudiera disponer de alguna forma de solución de las controversias.

Estos aspectos acaban, luego, por entrelazarse, especialmente en años recientes, con las distintas ideologías *neo-privatistas* que se van extendiendo por Europa (y no ya en Estados Unidos donde desempeñan un papel dominante desde hace tiempo). En lo relativo a la solución de las controversias, estas ideologías influyen en el sentido de alimentar e incrementar el rechazo y la desconfianza hacia la justicia del Estado y, por lo tanto, hacia el uso de instrumentos jurisdiccionales sugiriendo, por contra, la oportunidad de valerse de métodos *privados*, en los que se realizaría la libre autonomía de los individuos evitando interferencias de los jueces y los costes y las disfunciones de la justicia pública. En ocasiones, se estimula el uso de distintas formas de mediación y el arbitraje se presenta como el método ideal para solucionar controversias en el ámbito de la autonomía y de la disponibilidad privada.

Sin embargo, estos elementos de carácter cultural e ideológico no bastan para explicar el fenómeno que nos ocupa. Un factor especialmente importante y, quizá, el más importante de todos en los distintos ordenamientos europeos, es la labor del legislador que, cada vez con mayor frecuencia, interviene reglamentando —y a veces imponiendo— la utilización de distintas formas de mediación y fomentando el uso del arbitraje. En distintos ordenamientos —y desde este punto de vista, el ejemplo de Italia es especialmente significativo— la razón de esta intervención del legislador radica en la crisis profunda de la justicia civil “pública” así como en la incapacidad del mismo legislador para remediarla. En estas situaciones, la opción legislativa por los métodos de ADR no está motivada por razones culturales específicas (si bien las ideologías del nuevo ámbito privado influyen en las orientaciones legislativas) sino por una razón práctica trivial y dramática: ya que la justicia del Estado no funciona, el legislador procura desviar la

mayor cantidad posible de controversias fuera de los cauces jurisdiccionales, para así reducir la carga de trabajo de los jueces y permitir que las partes encuentren «alguna» solución a sus problemas. Básicamente, el legislador traslada a los ciudadanos el mensaje siguiente: «puesto que el Estado no está en condiciones de ofrecer una tutela jurisdiccional eficiente de vuestros derechos, recurrid a otros métodos —a la conciliación o al arbitraje— para solucionar vuestras controversias».

De ahí que proliferen las intervenciones legislativas encaminadas a favorecer de todas las maneras posibles una solución conciliatoria de las controversias, a veces haciendo incluso obligatorio el intento de conciliación, o induciendo a las partes a valerse del arbitraje convirtiéndolo en un instrumento apto para producir los mismos efectos que las medidas jurisdiccionales. Desde este punto de vista, puede decirse entonces que el éxito de las ADR es directamente proporcional —es más, es su consecuencia inmediata— a la ineficiencia de la justicia del Estado. Por otra parte, no es casual que dicho éxito sea bastante menor en aquellos ordenamientos —como, por ejemplo, el alemán— donde la justicia civil es accesible a todo el mundo de manera rápida y eficiente, proporcionando una tutela eficaz de los derechos. Desde este punto de vista, la utilización de las ADR no parece de por sí un fenómeno positivo sino, más bien, el reflejo de otro dramáticamente negativo cual es el mal funcionamiento de la justicia estatal.

De esta forma no se niega que en muchos casos una solución conciliatoria de la controversia sea lo adecuado —si la voluntad unánime de las partes se manifiesta en tal sentido— ni que la utilización del arbitraje pueda a veces ser más ventajosa que el proceso. De hecho, a menudo, existen razones válidas que hacen que las partes prefieran valerse de alguna de las numerosas técnicas de ADR disponibles. Así, por ejemplo, los conflictos familiares se abordan mejor con técnicas de mediación que con procedimientos judiciales y en materia de relaciones comerciales es probable que los beneficios del arbitraje en términos de confidencialidad y de la posibilidad de escoger a los árbitros, compensen los costes más elevados de este instrumento. Lo que hay que destacar es el hecho, especialmente negativo, de que la utilización de las alternativas llegue a convertirse en la única opción de las partes para subsanar sus conflictos ante el fracaso de la administración de la justicia “pública”.

2. LOS PROBLEMAS DE LAS ALTERNATIVAS

Frente al éxito teórico y legislativo que parece caracterizar el momento presente de los métodos de ADR, uno no puede dejar de referirse a algunos de los problemas que plantean. Es significativa la circunstancia de que ya en los años 80, mientras que en Europa empezaba a difundirse la moda de las ADR, precisamente en Estados Unidos fueran alzándose voces críticas —sobre todo las de Richard Abel y de Owen Fiss— poniendo de relieve muchas de las limitaciones e inconvenientes que caracterizan, en concreto, a las fórmulas basadas en la mediación.

No cabe aquí hacer un análisis crítico de las distintas modalidades de conciliación, lo que exigiría un estudio completo comparativo. Sin embargo, merece la pena apuntar al menos los problemas principales que surgen al respecto.

La primera dificultad importante concierne, precisamente, a la aptitud de la mediación para tutelar de forma adecuada los derechos implicados en la controversia. En efecto, podría decirse que la mediación es una alternativa válida a la tutela jurisdiccional sólo si es capaz de ofrecer una protección de los derechos básicamente equivalente a la alcanzable mediante el proceso. Por otro lado, es claro que la posibilidad de un resultado positivo de la mediación estriba en que las partes estén dispuestas a llegar a un acuerdo que difícilmente dará toda la razón a la persona titular de un derecho: el acuerdo siempre supone la renuncia a la reivindicación integral del propio derecho. Mas aún, no es casual que los teóricos de la mediación afirmen que el derecho tiene que «permanecer del otro lado de la puerta» sin interferir de ninguna manera en la media-

ción, para la que la referencia a la dimensión jurídica de la controversia sería un obstáculo. Dicho de otra forma, la mediación no serviría para tutelar los derechos sino para alcanzar un acuerdo entre intereses no calificados jurídicamente.

No obstante, este modo de pensar introduce una duda radical acerca de la aptitud de la mediación para constituir una alternativa en realidad equivalente a la tutela jurisdiccional. Ciertamente se trata de una técnica para solucionar el conflicto, pero que aún cuando obtenga un resultado positivo, no tutela de forma efectiva los derechos implicados en el mismo. Por lo tanto, es impropio decir que la mediación sirve para «hacer justicia» o que la misma constituye una «justicia alternativa», al menos mientras al término «justicia» se le atribuya una connotación jurídica. Se trata, más bien, de un método encaminado a sanear un conflicto a través de la armonización de los intereses que están en juego.

La segunda dificultad relevante hace referencia al hecho de que, normalmente, la mediación no es capaz de eliminar o al menos reducir las consecuencias de la desigualdad que puede existir —y que a menudo existe— entre las partes de la controversia. Por lo general, los métodos de mediación no abordan el problema y tampoco es razonable esperar que el mediador actúe en el sentido de proteger a la parte débil de los abusos de la parte más fuerte: de hecho, él tiene que ser neutral si quiere lograr su propio objetivo, que consiste en hacer que las partes alcancen *de todos modos* un acuerdo. Por lo tanto, nada excluye que en el marco de la mediación se llegue a soluciones injustas no sólo porque no se tiene en cuenta la dimensión jurídica de la controversia sino también porque la parte más fuerte siempre será capaz de imponer la solución más ventajosa para ella a la contraparte. Es más, no se puede excluir que la mediación actúe en el sentido de amplificar la desigualdad entre las partes en lugar de remediarla.

La tercera dificultad, relacionada con la segunda, concierne, de manera más general, a la tutela de los sujetos débiles. Históricamente, el legislador ha ido interviniendo para proteger a los sujetos débiles utilizando diversas técnicas normativas, de las cuales la principal consiste en hacer que sus derechos sean *indisponibles*. Como se puede ver claramente en el caso de la tutela del trabajador, el legislador interviene —por decirlo de alguna forma— protegiendo al sujeto débil «frente a sí mismo», es decir, considerando nulos los actos de disposición de sus derechos, basándose en la suposición que dichos actos no han sido realizados libremente sino impuestos por la contraparte fuerte. Se trata, por lo tanto de situaciones jurídicas «de tutela reforzada» en la vertiente sustancial, con normas cuya aplicación siempre puede invocarse frente al juez. En cambio, la mediación actúa en sentido contrario pues supone que el acuerdo entre las partes se alcanza precisamente porque las mismas *disponen* de sus propios derechos (es más, no los toman ni siquiera en consideración). En la perspectiva de la tutela de los sujetos débiles, no cabe duda de que esto representa un paso atrás importante: de hecho, se tiende a eliminar la protección constituida por la indisponibilidad del derecho y por la posible intervención del juez para tutelarlos. Y se prefiere un método de solución de la controversia que expone al sujeto débil a todas las consecuencias negativas de su debilidad y, en concreto, a la necesidad de aceptar una solución que le impone la parte fuerte. De este modo se refuerza no la posición de la parte débil sino la del sujeto que está en condiciones de aprovechar su propia supremacía económica y social.

La cuarta dificultad suscita una reflexión semejante. Esta dificultad surge a raíz del movimiento que ha ido cobrando gran importancia e influencia en estos últimos años, a favor de la afirmación y de la protección de los derechos llamados *fundamentales* o *humanos*, tales como la vida, la libertad y la dignidad de la persona. Frente a las frecuentes violaciones de estos derechos, se puede plantear el problema de cuál sea el método mejor para subsanar las controversias que los afecten y, en concreto, si las técnicas de ADR centradas en la mediación pueden emplearse de forma válida. Al respecto, me parece que se puede facilitar una respuesta positiva sólo si se piensa exclusivamente

en las posibles consecuencias económicas de la violación de un derecho fundamental. Tratándose de dinero, cabe que el autor de la violación tenga que pagar como indemnización por el daño sufrido por la víctima, cabe también admitir que se llegue a un acuerdo, que tendría para ésta —frente a un procedimiento largo e ineficiente— la ventaja relativa de conseguir, quizá, poco, pero enseguida.

Sin embargo, parece evidente que los derechos fundamentales no pueden reducirse a las consecuencias económicas de su violación: es decir, la esencia de los derechos fundamentales radica en que los mismos no son *traducibles en dinero*. De hecho, es difícil pensar que una violación de los derechos de libertad o del derecho a llevar una vida digna pueda compensarse íntegramente con dinero. De ello deriva, sin embargo, una implicación muy importante, a saber, la inadecuación estructural de toda forma de mediación cuando el objeto del conflicto es la violación de un derecho fundamental y la necesidad de asegurar la tutela de este derecho. A decir verdad, no parece aceptable una negociación que suponga, por ejemplo, la disponibilidad de los derechos de libertad, en la que el titular de éstos pueda ser inducido a aceptar una limitación, o la disponibilidad del derecho a la vida o a la salud en una mediación que suponga la renuncia total o parcial a estos derechos.

Acerca de los métodos de ADR, se plantean muchos otros problemas como, por ejemplo, los relativos, a la imparcialidad de los mediadores y de los árbitros y la corrección de su actitud en el marco de los procedimientos correspondientes. Pero no cabe abordarlos aquí. Las consideraciones anteriores son suficientes para poner de relieve al menos algunas de las cuestiones más importantes que se plantean acerca de los métodos de ADR.

3. LA JURISDICCION COMO ALTERNATIVA

Nos encontramos, por lo tanto, frente a un problema que se cifra en una contradicción esencial: por un lado, existe la tendencia cada vez más fuerte a proponer y, a menudo, a imponer, la utilización de las técnicas alternativas de solución de controversias, configurándolas, en realidad, como el mejor instrumento o incluso como el único instrumento disponible para abordar los conflictos; por otro lado, se tiene precisa conciencia de los límites intrínsecos que caracterizan a estos instrumentos y que se concretan en su incapacidad para ofrecer siempre al ciudadano una protección efectiva de sus derechos.

Así, bajo esta perspectiva se explica el título dado a estas reflexiones. Si las alternativas no son —o no son siempre— instrumentos adecuados para proporcionar una tutela real de los derechos, será preciso pensar en una «alternativa a las alternativas». Puesto que los métodos de ADR representan alternativas al proceso, es, precisamente, por lo que hay que pensar en el proceso como «alternativa a las alternativas», invirtiendo así la manera habitual de plantear la cuestión. Además, más allá del juego de palabras, con esta formulación se suscita el problema fundamental en el ámbito de la solución de las controversias. Si es cierto, como se ha apuntado anteriormente, que la razón más importante del éxito de las «alternativas» está en la crisis de eficiencia de la justicia pública, entonces sí tiene sentido configurar el proceso como alternativa válida —y eventualmente preferible— a los métodos de ADR tan sólo si el mismo es capaz de asegurar una tutela efectiva y eficiente de los derechos.

No hay que olvidar tampoco que el procedimiento judicial es, por tradición, estructural e institucionalmente *e/* método fundamental para la solución de las controversias. Todos los ordenamientos modernos, al menos en el mundo occidental (aunque las cosas están cambiando en ese sentido también en los ordenamientos asiáticos centrados, por tradición, en sus métodos conciliatorios) se orientan en este sentido: la cuestión compleja de la elaboración y de la aplicación de las garantías constitucionales del procedimiento, desde el acceso a la justicia, al «justo proceso», hasta la obligación de motivar las sen-

tencias, es el testimonio más importante del papel central asignado al proceso jurisdiccional en el sistema de los derechos y de su tutela. Además, no hacen falta sofisticadas argumentaciones para ilustrar lo que la jurisdicción significa en la estructura de las orientaciones modernas y cómo la tutela jurisdiccional es un aspecto imprescindible en la concepción actual de los derechos del ciudadano. Por lo tanto, el problema no es discutir el papel de la jurisdicción y del proceso en el marco de los ordenamientos jurídicos. La posibilidad de que las controversias se resuelvan por los jueces a través de procedimientos reglamentados por la ley y de resoluciones justas y legítimas constituye la base de todo ordenamiento jurídico actual. Bajo este aspecto, parece ser totalmente lógico que la jurisdicción sea la auténtica «alternativa a las alternativas», más aún, la «vía maestra» para la solución de las controversias.

El problema, como ya se ha apuntado, es otro y concierne a la eficiencia de la jurisdicción y a su efectividad en la tutela de los derechos. Sin embargo, este problema no se soluciona con la actitud de algún que otro legislador que —como el italiano— tiende a dejar que la jurisdicción siga siendo ineficiente, induciendo u obligando a los ciudadanos a lo que con toda propiedad puede definirse como una *huida de la jurisdicción*. El problema se resuelve —en cambio— actuando de tal manera que ésta sea eficiente y que las alternativas no resulten para las partes un camino obligado.

4. EL PROCESO COMO ALTERNATIVA EFICIENTE

La validez de las observaciones que preceden está confirmada por el análisis comparativo de lo acontecido en los últimos años en la mayoría de los ordenamientos procesales en los que se ha intentado —con cierto éxito— introducir reformas capaces de convertir el procedimiento judicial en el instrumento principal, y el más eficiente, de solución de las controversias. No cabe adentrarse aquí en un análisis comparado de las principales reformas llevadas a cabo en los últimos años, pero parece útil señalar las que han sido las perspectivas más importantes desde el punto de vista de realización de métodos judiciales rápidos y eficaces de solución de las controversias.

Ante todo, destaca la adopción —o el perfeccionamiento donde ya existía— de un modelo procesal apto para funcionar con celeridad. Al respecto, el punto de referencia en la Europa continental (como, por ejemplo, en la *LEC* española) ha sido, en muchos casos, el modelo austro-alemán centrado en un procedimiento bifásico con una fase previa dedicada al examen del pleito y una fase de instrucción que concluye con la sentencia, inspirado en los cánones de la máxima concentración posible, sobre todo en la fase de obtención de pruebas. Se trata de un modelo bien experimentado que ha dado resultados muy positivos en los casos en los que se ha aplicado en Europa. En los sistemas de *common law*, la estructuración del proceso en las fases de *pre-trial* y de *trial* representa el aspecto estructural y tiene muchas ventajas que indicaré.

Por el contrario, es fácil ver que allí donde este patrón no se sigue o no se aplica de forma correcta —como ha acontecido en Italia con las distintas reformas parciales que se han sucedido a partir de los años 90— no se obtienen resultados significativos en términos de mayor rapidez del procedimiento civil. Las causas de las disfunciones de la justicia civil son múltiples y complejas —como pone de relieve claramente, una vez más, el caso italiano— pero no cabe duda de que entre ellas, el modelo de procedimiento que constituye la estructura que sostiene la “máquina” procesal desempeña un papel importante. Ciertamente, puede decirse que no basta con tener un buen modelo procesal para solucionar los problemas de la justicia civil pero es igual de cierto que sin un buen modelo procesal estos problemas nunca podrán solucionarse. Por así decirlo, si se dispone de un tipo de procedimiento que puede ser largo e ineficiente, podrá asegurarse de que en la práctica los procesos serán especialmente largos e ineficientes.

Otro factor de gran importancia es la posibilidad de adaptar el instrumento procesal a las exigencias de cada caso, evitando malgastar recursos cuando, por la naturaleza de

la controversia, éstos no sean necesarios, y empleando la totalidad de los instrumentos procesales tan solo cuando la complejidad del pleito lo requiera. Tamaña finalidad puede perseguirse con distintas estrategias, algunas de las cuales son lógicamente erróneas mientras que otras resultan ser eficaces.

Las estrategias erróneas las ejemplifica el caso italiano, en el que se multiplican —junto al procedimiento “ordinario”— numerosos procedimientos especiales, diferentes unos de otros, que se construyen “por materias» es decir previendo procedimientos distintos para materias distintas (como, por ejemplo: trabajo, familia, derecho societario, etc.). Aparte de las infinitas complicaciones que se derivan de esta proliferación de ritos especiales, el error consiste en no considerar que en cada materia pueda haber controversias simples, para las que sea suficiente un trámite simplificado y rápido, y controversias complejas que, en cambio, necesitan un procedimiento más complejo y estructurado. Se acaba así por emplear el rito ordinario, más formal y largo, también para controversias simples, y por emplear ritos sumarios para controversias que necesitarían instrumentos procesales más complejos y sofisticados.

Un ejemplo reciente especialmente significativo de las estrategias adecuadas son las *Rules of Civil Procedure* inglesas, que entraron en vigor en el año 1999, en las que se prevén tres tipos de procedimientos, denominados *tracks*, distintos entre sí por estructuración y grado de formalismo. Corresponde al juez escoger cada vez, según los distintos criterios establecidos por la ley, —básicamente en función de la naturaleza y la complejidad de la controversia— el *track* más adecuado en cada caso concreto. De esta forma, se realiza lo que podría denominarse la proporcionalidad entre la complejidad de la controversia y la complejidad del procedimiento utilizado para solventarla, empleando racionalmente los recursos procesales disponibles.

Por otra parte, algo similar existe también en el procedimiento alemán, donde el juez puede orientar el pleito a lo largo de una fase previa oral, simple y rápida, o a través de un examen previo escrito y más complejo, según los problemas que surgen en la controversia en cuestión.

Más allá de estos ejemplos específicos, que son especialmente significativos, el criterio general que hay que seguir es el de que las formas del procedimiento han de configurarse e interpretarse de forma *elástica y flexible* para que puedan adaptarse a las exigencias de cada controversia. Aunque este punto necesitaría mayor profundización, parece claro que el *dominus* de esta adaptación del procedimiento a las exigencias de cada caso no puede ser sino el juez, que debería estar dotado de los poderes necesarios para un efectivo *case management*. No las partes, porque en cada procedimiento siempre hay al menos una parte (es decir: el deudor que sabe que es culpable, sobre todo si es la parte fuerte) al que le interesa que el procedimiento se alargue todo lo posible y tutele de forma ineficiente o no tutele en absoluto el derecho de la otra parte (es decir: el acreedor que lleva razón).

En el ámbito del procedimiento bifásico que se ha señalado anteriormente, el aspecto quizá más importante es el relativo a la fase previa (o de *pre-trial*) sobre todo porque esta fase no sólo sirve para preparar la causa para la fase siguiente y la eventual resolución con sentencia, sino que sirve también —en algunos casos, sobre todo— para solucionar la controversia evitando que el procedimiento se alargue más. También bajo este perfil, el caso paradigmático es el de Inglaterra donde tan sólo un porcentaje muy bajo de controversias (aproximadamente un 2%, y quizá menos), supera la fase previa y llega al *trial* para la obtención de pruebas y hasta que se pronuncia la sentencia. Muy similar es la experiencia norteamericana, pues también en Estados Unidos el número de pleitos que llegan al *trial* es muy limitado. La razón de estos fenómenos es bastante clara si bien, a veces, los instrumentos procesales son técnicamente complejos. Esto se debe a que en la fase previa se producen varias situaciones en las que se induce a las partes a poner fin a la controversia o el proceso se cierra con una medida inmediata. El ejemplo principal de esta última posibilidad es el de las condenas *in default* o de las medidas de *striking out* que siguen inmediatamente a la rebeldía de una parte o al

incumplimiento de los términos perentorios dentro los cuales han de desarrollarse determinadas iniciativas procesales.

Sin embargo, son más interesantes otros mecanismos que resultan muy eficaces para provocar un final precoz de las controversias. Uno de estos mecanismos es el *payment into court* del derecho inglés que consiste en la posibilidad de que el deudor demandado deposite en el juzgado la cuantía que considera debe a su acreedor. El actor-creedor podrá aceptar la cuantía, en cuyo caso el procedimiento se acaba, o bien rechazarla. En el segundo caso el procedimiento prosigue pero si el acreedor llega a obtener con la sentencia una cuantía igual o inferior a la que rechazó, será condenado al pago de las costas aunque en realidad ha vencido en juicio. Se trata, como se puede ver, de una forma peculiar de acuerdo entre las partes, que resulta especialmente eficaz en el sentido de poner fin a numerosas controversias en la fase de *pre-trial* también en función de las costas elevadas de la justicia civil inglesa.

En Estados Unidos, es sobre todo la *discovery* lo que favorece alcanzar un *settlement* entre las partes en la fase previa del procedimiento. Como es sabido, la *discovery* norteamericana sirve a distintos objetivos, el principal de los cuales es permitir que todas las partes tengan conocimiento de todos los documentos o medios de prueba que están en poder de las otras partes o de terceros y puedan interrogar anticipadamente a todo los testigos susceptibles de ser convocados al *trial*. Además, la *discovery* se admite normalmente con criterios muy amplios y, por lo tanto, permite que las partes (o al menos aquellas que recurren a ella de forma adecuada) valoren correctamente sus posibilidades de victoria y el riesgo al que se enfrentarían de llevar el procedimiento, hasta el *trial* y la sentencia. Este posibilitar una valoración realista de las respectivas *chances* en el transcurso de la fase previa del procedimiento parece ser un factor que influye de forma decisiva en las opciones estratégicas de las partes, favoreciendo la consecución de acuerdos transaccionales.

5. CONEXIONES ENTRE PROCESO Y ALTERNATIVAS

Los ejemplos que se acaban de extraer de la experiencia inglesa y norteamericana demuestran que, en realidad, la alternativa entre el proceso jurisdiccional y los métodos conciliatorios de solución de controversias no es rígida ni absoluta: por el contrario, pueden existir formas de conciliación *en conexión* con el proceso y también *dentro* del proceso.

En el marco de la primera categoría, es especialmente relevante la previsión de un *intento previo* de conciliación que se sitúa en el momento inmediatamente anterior al proceso y que está destinado —en caso de éxito— a evitar la incoación del mismo. Este intento, que puede preverse como facultativo u obligatorio, tiene muchos ejemplos: basta recordar, entre los intentos de conciliación configurados como obligatorios, aquel previsto en Italia para las controversias en materia laboral, y las *statutory grievance procedures*, que han de preceder al comienzo del procedimiento en los *Employment Tribunals* ingleses.

Es bastante común también la posibilidad de un acuerdo conciliatorio en el transcurso del procedimiento. De hecho, en muchos ordenamientos se encomienda al juez la tarea de intentar la conciliación de las partes: si el intento tiene éxito, el acuerdo entre las partes pone fin al procedimiento y resuelve la controversia.

Sin embargo estos instrumentos tienen un resultado incierto y discontinuo. En concreto, la experiencia de algunos ordenamientos deja ver que el intento de conciliación realizado por el juez, por lo general en la fase inicial del procedimiento, raras veces lleva a resultados positivos. Puede ocurrir —y ocurre con bastante frecuencia— que en el transcurso del mismo, las partes alcancen un acuerdo, por lo general, una transacción extrajudicial a la que el juez permanece ajeno; no se trataría ni siquiera de un método

alternativo de solución de la controversia sino de un acuerdo normal de negociación por el que las partes reconsideran sus relaciones.

La combinación entre los métodos alternativos y el procedimiento judicial puede adoptar muchas formas que aquí no es posible analizar detenidamente. Sin embargo, merece la pena señalar una combinación que parece ser interesante por varias razones y que está empezando a utilizarse en distintos ordenamientos —basándose en el patrón ofrecido por la experiencia estadounidense—. Dicha combinación consiste básicamente en prever la posibilidad de que el juez, cuando lo considere oportuno, derive a las partes a un conciliador (en cuyo caso, se produce una *court-annexed mediation*) o a un árbitro (en cuyo caso se produce una *court-annexed arbitration*). En el primer caso, si las partes alcanzan un acuerdo, el proceso termina, mientras que si no lo alcanzan volverán al juez para seguir adelante con el proceso. En el segundo caso, las partes pueden aceptar la resolución del árbitro poniendo fin al proceso, o bien rechazarla, en cuyo caso éste sigue adelante. En ambas situaciones, se pueden establecer consecuencias negativas —por lo general, en términos de costas procesales— a cargo de la parte que haya rechazado una resolución del litigio —conciliatoria o arbitral— que luego resultará ser más favorable para ella que la que establezca el juez al finalizar el procedimiento.

La característica fundamental de estas instituciones consiste en que su utilización no depende de la voluntad de las partes, sino de la resolución que el juez adopta tras valorar la naturaleza de la controversia y la oportunidad de experimentar métodos de solución alternativos a la prosecución del procedimiento y la sentencia. Naturalmente, la voluntad de las partes es decisiva en lo relativo a la aceptación de los resultados a los que conducen estos métodos o a la necesidad que el proceso siga adelante, sin embargo, es importante el hecho de que le corresponda al juez resolver acerca de la oportunidad de intentar las vías alternativas, lo que permite evitar pérdidas de tiempo en tentativas que desde el comienzo parecen estar abocadas al fracaso y adaptar el uso de métodos alternativos a la situación específica de cada caso. Sin embargo, dichos métodos tienen otras ventajas que hay que destacar aunque sea brevemente.

En primer lugar, los mismos se aplican bajo el control del juez y en órganos —de conciliación o de arbitraje— que él mismo indica. También puede tratarse de órganos públicos o de servicios dispuestos al efecto. Según el modelo de la así llamada *multi-door court*, estos servicios podrían también crearse en los tribunales y bajo el control de unas autoridades *ad hoc*. De este modo, puede garantizarse la seriedad y la imparcialidad de los conciliadores y árbitros, y su preparación profesional, además de su capacidad para tratar a las partes de forma correcta y equitativa.

Otro aspecto positivo consiste en el hecho de que cuando la controversia va encaminada hacia una *court-annexed mediation* o una *court-annexed arbitration*, ya ha adquirido un planteamiento jurídico. No sólo las partes han precisado sus posiciones y sus pretensiones, sino que el juez ha dado una configuración jurídica a la controversia. Dicho de otra forma, ya se ha definido el cuadro normativo en el que deberá situarse la resolución conciliatoria o arbitral. Por lo tanto, la dimensión jurídica no sólo no permanece «del otro lado de la puerta» sino que constituye el punto de referencia que tanto los conciliadores como los árbitros deberán tener en cuenta.

Además, la *court-annexed mediation* tiene la ventaja de evitar que el juez se comprometa en una tarea —la de mediador— para la que no está preparado y que le coloca en una situación difícil. De hecho, si el juez es activo a la hora de inducir a las partes a alcanzar un acuerdo, corre el riesgo de inclinarse a favor de una o de otra parte o de «anticipar el juicio» de manera impropia, mientras que, si permanece pasivo, el resultado del intento de conciliación será, con toda probabilidad, negativo. En cambio, derivar a las partes a un mediador ajeno le permite a éste desarrollar plenamente un papel efectivo de conciliación favoreciendo, por lo tanto, el logro de un acuerdo entre aquéllas.

6. CONCLUSIONES

De las consideraciones anteriores se pueden extraer algunas conclusiones sintéticas.

La principal es que la jurisdicción sigue siendo la «vía maestra» para la resolución de las controversias. Es más, en muchos casos, es decir, cuando se trata de derechos indisponibles y, en concreto, de derechos fundamentales, la jurisdicción representa *el único* instrumento admisible para la solución de las controversias.

Naturalmente, es preciso que la jurisdicción se ejerza a través de procedimientos accesibles a todo el mundo, que sean, sobre todo, rápidos y eficientes a la hora de tutelar los derechos de los ciudadanos. Si estas condiciones no se dan —como, por ejemplo, sigue ocurriendo en Italia— la solución no puede consistir en inducir u obligar a los ciudadanos a que utilicen métodos alternativos para conseguir *alguna* solución de sus controversias, quizá a través de la aceptación forzada de acuerdos no equitativos impuestos por la parte más fuerte. La única respuesta aceptable a los problemas de ineficiencia de la justicia consiste en una reforma profunda y radical de la justicia civil y de la organización judicial. Además, la historia de las reformas procesales recientes, tanto en España como en Alemania o en Inglaterra, demuestra que esto es posible, es decir que unas reformas adecuadas pueden efectivamente reducir los plazos de la justicia civil garantizando así a los ciudadanos una tutela efectiva de sus derechos.

La existencia de una justicia pública accesible y eficiente es, además, la condición necesaria para que se plantee de forma correcta el problema de los métodos alternativos de solución de las controversias. En efecto, debe colocarse a las partes en posición de elegir, según sus preferencias, entre distintas técnicas de solución de las controversias, entre las que tiene que existir una relación de equivalencia funcional. Esto significa que las distintas alternativas posibles, incluso la jurisdiccional, han de tener el mismo nivel de eficiencia. Por lo tanto, es preciso que los legisladores garanticen la eficiencia y la accesibilidad de la justicia pública: sólo si se da esta condición, será legítimo permitir que las partes escojan otros métodos para la solución de sus controversias. En cambio, si la justicia pública no es accesible y no es eficiente, esto no sólo supone una violación gravísima de las garantías constitucionales sino que transforma las alternativas en remedios necesarios e inevitables y, por lo tanto, ya no serían objeto de una elección libre y discrecional de las partes.

Otra conclusión relevante es que entre la jurisdicción y las ADR no existe, según se ha demostrado, una alternativa radical. Al contrario, hay varias maneras de utilizar las técnicas de mediación y de arbitraje también dentro del proceso, en aquellos casos en los que estas técnicas pueden resultar más funcionales, con vista a la solución de la controversia, que el desarrollo completo del proceso destinado a terminar con una sentencia. Una utilización inteligente de estas técnicas puede contribuir, por un lado, a aligerar la carga de trabajo del juez y a favorecer el logro rápido de soluciones aceptadas por las partes y, por otro, permite que la voluntad de las partes se manifieste en un contexto reglamentado por la Ley y controlado por el juez.

Por consiguiente, es evidente que el problema de las técnicas de solución de las controversias no puede plantearse a través de las simplificaciones habituales de tipo «o proceso o mediación» u «o proceso o arbitraje» donde la premisa implícita —pero que no es difícil de explicitar— es que el proceso debería ser abandonado a su destino y que las partes actúen por sí mismas —en el marco del llamado ámbito privado— para solucionar sus conflictos. Al contrario: dado que la jurisdicción sigue siendo la primera alternativa además de la principal, las técnicas de mediación y arbitraje pueden emplearse *en el contexto* de la jurisdicción. En esta dirección, hay un amplio espacio para soluciones nuevas que permitan de verdad a los ciudadanos solucionar sus controversias de manera equitativa, legítima y eficiente.

Benefíciate del Plan "Queremos ser tu Banco".



COMISIONES
DE SERVICIO¹
INDEFINIDAMENTE

Y además aprovecha las condiciones especiales del
Convenio de Colaboración del Santander con la
Asociación de Jueces para la Democracia

Relájate durante **un fin de semana en una isla**

Sólo por llamar a Superlínea 902 24 24 24² e identificarte como miembro de la Asociación de Jueces para la Democracia, participarás en el sorteo mensual³ de fines de semana para 2 personas en las islas de Mallorca, Tenerife, Formentera, Lanzarote y La Palma.

¡Llama ahora y consigue tu viaje! **902 24 24 24**

Queremos
ser tu banco

 Santander
EL VALOR DE LAS IDEAS

150
AÑOS

Una aproximación judicial a la reclamación de contingencias derivadas de la toma de control de empresas (la compraventa de empresas)

José María FERNANDEZ SEIJO

1. ADVERTENCIA INICIAL

Basta hojear un diario de la prensa “salmón” para comprobar que la compraventa de empresas es una disciplina propia de ingenieros o de alquimistas, no de juristas. La realidad económica, las exigencias del mercado, la práctica desaparición de fronteras en las transacciones comerciales, la globalización, la reformulación, en definitiva, de las bases de la economía industrial y financiera convierte la compraventa de empresas en una operación habitual en el tráfico económico nacional e internacional.

Al pretender que un juez analice los efectos de la compraventa de empresas deben asumirse una serie de limitaciones o riesgos:

1. La visión que se dé de las operaciones será parcial en la medida en la que será fundamentalmente una visión judicial.

2. Toda visión judicial determina que los supuestos que se examinen serán los considerados conflictos, es decir, los que por una u otra razón hayan terminado en los tribunales. Normalmente no terminan en los Juzgados las operaciones más complicadas, sino las más “chapuceras”, entendiéndose como tal aquellas en las que las partes han sido menos previsoras en la determinación del objeto y concisiones de la venta.

3. Hoy por hoy la visión judicial de la compraventa de empresas plantea problemas en cuanto a la determinación de los fueros y, fundamentalmente, de la normativa aplicable puesto que se trata de operaciones que aunque se hubieran realizado siguiendo formulaciones jurídicas de inspiración anglosajona, el sometimiento a los Juzgados y Tribunales españoles obliga a que los conflictos o pretensiones judiciales que pudieran plantearse deban ser resueltos conforme al derecho español, circunstancia que genera no pocos recelos entre los abogados ya que las fórmulas de contratación empleadas se importan del derecho norteamericano y, sin embargo la resolución de los conflictos ha de encajarse en la estrechas lindes de las acciones de saneamiento o resolución del Código civil que ha de ser sometido a un duro tratamiento de estirado que le permita acomodar a viejas instituciones como la acción *quanti minoris* o el saneamiento por evicción los complicados conflictos de la enajenación de unidades productivas¹. Tal vez por estas razones es habitual el sometimiento de estos conflictos al arbitraje.

4. Al conformar la parte compradora y la vendedora sus recíprocas voluntades han de conjugar no sólo sus intereses privados sino también los intereses y riesgos públicos materializados en dos cuestiones capitales:

a) El impacto de la compraventa en el mercado, circunstancia que puede determinar que operaciones en apariencia sencillas por la coincidencia de intereses entre com-

¹ En palabras de Fernando Pombo, José M^a Alvarez y Angel Carrasco en el prólogo a la obra colectiva. Fusiones y adquisiciones de empresas, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra 2004: “Los contratos que se hacen en España, incluso sometidos a Derecho español, constituyen una copia mimética de formularios, que circulan libremente entre los prácticos, procedentes o elaborados por despachos y abogados británicos. Las fórmulas, los giros, la facundia, la acumulación semántica, las instituciones, todo tiene ese inconfundible sabor internacional creado y uniformado por la preeminencia global de la cultura jurídica anglosajona. Lo singular del caso es que, salvo raras excepciones, estas fórmulas no han sido casi nunca contrastadas con nuestro Derecho interno”.

prador y vendedor se complique como consecuencia de los efectos que sobre el mercado nacional o europeo pueda tener la compraventa, circunstancia que determina que muchas de estas operaciones hayan de someterse a la fiscalización de órganos nacionales o internacionales destinados a garantizar que posibles concentraciones empresariales no falseen o alteren las normas del libre mercado.

b) Los riesgos y contingencias fiscales u otros de carácter público acechan este tipo de operaciones y normalmente obligarán a las partes a establecer un conjunto de garantías o cautelas que vinculen el buen fin de la operación a que no aparezcan estas contingencias o que, cuando menos, sean previstas y aceptadas por los contratantes.

Como se trata de transitar por un territorio pantanoso², complicado tanto desde el punto de vista económico como jurídico, es razonable evitar cualquier tipo de especulación, cualquier experimento, anclando la exposición y análisis a partir de los supuestos en los que los tribunales se han visto en la necesidad de resolver problemas derivados de la compraventa de empresas, todo ello sin perder de vista que en los instrumentos para resolver el conflicto serán:

a) La voluntad de las partes normalmente expresada en el contrato o contratos en los que cristalice la operación. Luego el juego del artículo 1255 del Código civil será fundamental.

b) Las partes habrán de acreditar sus pretensiones lo que obligará a considerar los juegos que sobre la carga de la prueba se derivan del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil, evitando con ello cualquier tipo de especulación o construcción que no esté debidamente cimentada sobre una prueba sólida que permita considerar acreditado y legítimo lo solicitado por las partes.

2. PRECISIONES TERMINOLOGICAS

A nadie se le escapa que el término “empresa” no es cómodo para un jurista ya que empresa y empresario responden más a categorías económicas que normativas. La doctrina mercantilista se ha dedicado con mucho interés a la definición de empresa y empresario, así Uría³ define al empresario como “la persona que ejercita una empresa”, definiendo, a continuación, empresa como “un especial modo de desarrollar, dentro del mercado, una actividad económica cualificada”. El concepto económico de empresa se vincula por la doctrina más autorizada a la organización de los factores de producción —capital y trabajo— con la finalidad o propósito de lucro, que debe complementarse con la vertiente jurídico-mercantil que define empresa como “el ejercicio profesional de una actividad económica planificada, con la finalidad de intermediar en el mercado de bienes o servicios”⁴.

Esta idea o concepto de empresa no es muy útil desde el punto de vista judicial e incluso puede generar incertidumbre si no se encaja en las formas jurídicas en las que se encaja la actividad empresarial, si no se encaja en la definición y estatuto jurídico de las sociedades mercantiles de modo que cuando se compra o adquiere una empresa normalmente se comprarán o adquirirán todas o una parte significativa de las acciones o participaciones que tenga la sociedad bajo cuya forma se realice la actividad empresarial. Por lo tanto más que de compraventa de empresa de la toma de control de una empresa por medio de la adquisición directa o indirecta de sus acciones o una parte significativa de las mismas.

² Ya advierte la doctrina respecto de la aplicación de las normas previstas para la compraventa civil que “los artículos 1445 a 1525 CC responden a las necesidades de la sociedad de su tiempo y evidentemente no fueron pensados para las operaciones de compraventa de empresas de la economía actual”. Francisco Peña González y Luis Casals Ovalle. El Objeto de la compraventa. Capítulo de la obra colectiva *Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, ya citada.

³ Rodrigo Uría. Derecho Mercantil. Editorial Marcial Pons, 22ª Edición. Madrid, 1995.

⁴ Uría, obra citada, página 37.

Sin embargo en la jurisprudencia se encuentran referencias al concepto “empresa” que pueden resultar útiles:

a) STS de 15-6-1985: *“es indudable la existencia del llamado fondo de comercio en las empresas mercantiles, concepto si bien de límites difusos no por ello menos atendible en cuanto denotador unas veces del lado espiritual o inmaterial de la empresa como negocio, otras que hay empresas que no requieren elementos patrimoniales para su perfecto funcionamiento, y casos en que a más de los valores patrimoniales hay otros que sobrepasan los mismos y que se plasman en la organización de los medios de producción; conceptos estos y otros similares que son susceptibles de ser valorados en el balance, a lo que no obsta que muchas veces la valoración no se atenga a patrones fijos sino que vaya subordinada a multiplicidad de coeficientes, a los puntos de vista que se elijan o al momento de la valoración; vicisitudes todas ellas que ciertamente dificultan la valoración del fondo de comercio, pero que no la imposibilitan, porque ha de calcularse un valor, concepto que se ha dicho que nunca se puede fijar con precisión, y sin embargo la liquidación de las relaciones jurídicas así lo exige”*. Esta resolución permite considerar la trascendencia que los elementos inmateriales puedan tener en la consideración de una empresa e incide en las dificultades para valorar estos elementos a la hora de determinar el valor de una empresa como algo distinto a la suma de los elementos materiales que la componen.

b) STS de 13-10-1987: *“nuestras Leyes desconocen el concepto de empresa como universalidad, por lo que la transmisión de la empresa originará negocios jurídicos que correspondan a cada uno de los elementos que se transmiten, estando cada uno de ellos sometido a sus propias reglas, de ahí que el nacimiento, vida y efectos de cada relación patrimonial en la venta de una empresa siga su propio cauce con independencia de los demás, por todo lo cual, al no haberse transmitido la parcela objeto del pleito como un elemento de la empresa y ser susceptibles de transmisión las empresas sin patrimonio se llega a la conclusión de que los dos contratos de venta referidos no forman una unidad, uno de ellos se refiere a la industria y el otro a un inmueble que para el ejercicio de la industria es intercambiable ...”*.

c) STS de 7-3-1994: *“elementos singulares sino también por el elemento preponderante de la organización, fuente del dinamismo creador y de la actividad en la esfera de la producción económica, rasgos o señas todas ellas de identidad que obligan a la organización empresarial, como tal unidad patrimonial, al cumplimiento de cuantas obligaciones le incumben”*.

En definitiva la empresa desde un punto de vista judicial la constituyen un conjunto de elementos materiales e inmateriales que configuran una unidad.

Por otra parte el concepto compraventa de empresas resulta equívoco ya que no puede asimilarse a una compraventa civil o mercantil ordinaria, sino a un conjunto de operaciones de distinta naturaleza en la que pueden concatenarse negocios jurídicos societarios y laborales sin que se produzca una sola venta, sería mucho más acertado hablar de “toma de control” de una empresa en vez de compraventa.

3. UNA PRIMERA APROXIMACION A LA COMPRAVENTA DE EMPRESAS

El profesor Broseta⁵ en su manual de derecho mercantil aborda algunas cuestiones vinculadas a la compraventa de empresas partiendo de un dato incuestionable: “la realidad económica demuestra que la empresa es frecuentemente objeto de contrato de compraventa. Su finalidad es transmitir al comprador de modo definitivo

⁵ Manuel Broseta Pont y Fernando Martínez Sanz. *Manual de Derecho Mercantil*. Editorial Tecnos, 13ª edición. Madrid, 2006.

la titularidad de cada una de las relaciones jurídicas que ligan al empresario vendedor con cada uno de los elementos que integran la empresa, de forma que aquél pueda suceder a éste en su explotación”.

La compraventa de empresas requiere que se transmita y adquiera un conjunto organizado de elementos en funcionamiento con el objeto de seguir la explotación, pudiendo realizarse bien por medio de instrumentos propios del derecho societario —venta de acciones o participaciones— no cambiando la persona del empresario; bien por medio de fórmulas de fusión o absorción que determinan que transmitiéndose la empresa la entidad mercantil bajo cuya forma actúa la empresa desaparece y se integra en otra sociedad que la absorbe. Siendo también posible la compraventa al margen de fórmulas del derecho de sociedades por medio de la adquisición de activos o incluso de pasivos por un tercero bien por medio de un conjunto de contratos vinculados —en función de la naturaleza de los bienes transmitidos— bien por medio de un solo contrato que englobe o haga referencia a todos y cada uno de los elementos que integran la empresa constituyéndose una única obligación de dar.

Las compraventas de empresa formalizadas por medio de compraventa de acciones o participaciones, por fusión o escisión estarán sujetas a las formalidades propias de la Ley de Sociedades Anónimas o de Sociedades de Responsabilidad Limitada sobre cada una de estas instituciones.

Las compraventas de los activos o pasivos de una empresa al margen de la regulación societaria no quedan sujetas a grandes formalidades por cuanto rige el principio general de libertad de forma —art. 51 del Código de comercio y 1254 del Código civil— así como el de libertad de pacto, con las limitaciones generales de la norma civil en cuanto a que esos pactos no pueden ser contrarios a la Ley, ni al orden público, ni a la moral. Cuando la compraventa de empresa se realice sin acudir al derecho de sociedades, es decir, cuando se venda una empresa al margen de la forma con la que ésta opera en el tráfico económico, conformándose como un conjunto de activos y pasivos tanto materiales como inmateriales debe tenerse en cuenta:

a) Que la obligación de entrega de la cosa vendida debe hacerse tanto en sus elementos materiales como inmateriales identificando claramente los elementos esenciales que configuran la empresa. Para ello será conveniente que se anexe al contrato un inventario de los activos y pasivos que se transmiten.

b) Que el vendedor no sólo tiene que entregar la empresa sino que además implícitamente el vendedor asume la prohibición de hacer competencia al vendedor durante el tiempo y en el espacio geográfico necesarios para el comprador consolide la clientela y expectativas de la empresa transmitida —así Broseta en la obra citada.

Debe tenerse en cuenta que en función de los bienes o derechos vendidos, así como su naturaleza no sólo habrá de tenerse en cuenta la voluntad de las partes en cuanto a la venta de la empresa sino las peculiaridades y contingencias jurídicas de cada uno de los elementos que la integran, así sí al vender la empresa se pretende que el nuevo empresario siga siendo arrendatario de un determinado inmueble o local habrán de respetarse las normas sobre cesión o traspaso de local destinado a uso distinto de vivienda en la Ley de Arrendamientos Urbanos. Si el nuevo empresario pretende mantener a los mismos trabajadores habrá de respetarse el trámite de subrogación previsto en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores. La cesión de deudas deberá tener en cuenta las normas sobre la subrogación subjetiva en el Código civil.

Por lo tanto en el ámbito de la compraventa de empresas pueden surgir una serie de contingencias que han de ser valoradas y tenidas en cuenta por comprador y vendedor en el momento de alcanzar el acuerdo, contingencias vinculadas a la posibilidad de que por la vía de la sucesión de empresas, del levantamiento del velo o de la derivación de la responsabilidad pueda extenderse la responsabilidad del comprador a cuestiones o deudas inicialmente no previstas en el contrato con el riesgo añadido de que estas

fórmulas de sucesión de empresa, levantamiento de velo o derivación de responsabilidad se configuran de modo distinto según se trate de responsabilidades civiles, laborales o administrativas.

4. VEHICULOS PARA ADQUIRIR UNA EMPRESA⁶

a) **Compraventa de empresas por medio de fórmulas de derecho de sociedades. Adquisición indirecta**

La toma de control de las acciones o participaciones de una sociedad mercantil suelen ser instrumentos muy comunes para la adquisición de empresas, esta compraventa de acciones o participaciones puede afectar a la totalidad del capital social o a una parte significativa de las mismas que permita el control de la compañía en cuanto a sus órganos de decisión y gestión. En ocasiones no es necesario ni tan siquiera adquirir un porcentaje mayoritario de acciones si se fijan pactos de accionistas que permitan disponer de minorías de bloqueo y la presencia de consejeros en los órganos de administración.

La toma de control puede hacerse por medio de compraventa de acciones al socio o socios mayoritarios, por medio de fórmulas de ampliación de capital o fusión.

Para la materialización de todas estas operaciones es imprescindible la adaptación de las mismas a las exigencias y requisitos que recojan los estatutos de las sociedades y, en muchas ocasiones, la toma de posición pasa no sólo por pactos de accionistas, sino también por modificaciones estatutarias.

Las operaciones pueden pasar por compraventas con entrega de dinero o por medio de adquisiciones apalancadas financieramente. Ni qué decir tiene que en las operaciones financieras de esta naturaleza los problemas derivados de la responsabilidad son más complicados lo que ha determinado que la doctrina haya advertido de las dificultades de aplicar las normas sobre compraventa a estas fórmulas denominadas "*proteiformes o de gran versatilidad morfológica y fruto de la fantasía y de la alquimia societaria*".⁷

Por último debe indicarse que cuando se trate de sociedades cotizadas las fórmulas empleadas deben pasar necesariamente por la Oferta Pública de Acciones, las OPAs, sometidas al Real Decreto 1197/91, recientemente modificado por la Ley 6/2007 de 12 de abril (BOE de 13 de abril de 2007). La STS de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 30-10-2003 ha considerado que en el supuesto de una OPA los accionistas no pueden reclamar responsabilidad patrimonial a la Comisión Nacional del Mercado de Valores por los daños y perjuicios que hubiera podido producir la oferta.

Ciertamente cada una de las vías para la toma de control queda sometida a unos requisitos formales y materiales distintos. La cuestión puede adquirir tintes más complejos si además el comprador decide no actuar directamente sino por medio de una sociedad o banco de inversión o por medio de la creación de nuevas sociedades que sirvan como vehículo para la adquisición.

⁶ Alvarez Arjona La adquisición de empresas como objeto de negociación, en la obra colectiva Fusiones y adquisiciones de empresas. Ya citada. Distingue cuatro maneras distintas para efectuar la adquisición:

- a) Comprando acciones,
- b) Comprando activos,
- c) Fusionándose,
- d) Comprando un paquete de control.

Probablemente esta estructura podría simplificarse a dos posibles vías de adquisición:

- a) La societaria, con sus diferentes fórmulas. Que determina la asunción automática de los pasivos.

b) La no societaria. Con especial mención a la asunción de pasivos por esa vía contractual. La compraventa fuera del circuito societario puede ser más compleja.

Complementándola con el nuevo cauce concursal.

⁷ Raimundo Segura de Lassaletta, Las operaciones de adquisición apalancada. Cuestiones generales. En la obra colectiva *Régimen Jurídico y Tributario del capital riesgo en España*. Coordinado por Miguel Trías Sagnier. Editorial Marcial Pons. Barcelona. 2006.

b) **Compraventa de empresas por medio de contratos de cesión o venta de activos y pasivos. Adquisición directa**

Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de estas fórmulas de adquisición: *“Frente a la concepción puramente organicista de la empresa, se suele distinguir en los momentos actuales la actividad del organizador, como aspecto meramente subjetivo, de imposible transmisión, pues que siempre que se reemplaza un empresario por otro en el ejercicio de su actividad económica, profesional y organizada, desaparece una empresa naciendo otra nueva, aunque ésta se valga de los mismos medios instrumentales que la anterior, que constituyen, como conjunto coordinado de bienes y servicios (aspecto objetivo), lo que se suele denominar establecimiento comercial, industria, negocio, explotación o en la concepción jurídica francesa «fonds de commerce» y en la italiana, «azienda», que es, por el contrario, lo que realmente se puede transmitir; mas el establecimiento, el fondo de comercio, así entendido, está formado por innumerables elementos, cuales el trabajo del personal asalariado, bienes inmuebles, bienes muebles, corporales o incorporales, fungibles o no fungibles, propiedad comercial, propiedad industrial, derechos reales o de crédito, clientela, marcas, rótulos, patentes, etc., de forma que sobre cada uno de ellos puede recaer una relación jurídica, distinta, cual es la propiedad, el usufructo el arrendamiento, préstamo, comodato u otros diferentes, pudiendo transmitirse el total conjunto o sólo parcialmente, sin que, en la realidad, cuando se excluya algún elemento pueda hablarse de que no se transmitió el establecimiento o fondo comercial”* (STS 13-2-1992). Por ello se ha considerado necesario en estas fórmulas de venta “en globo” la de articular en un solo contrato o en un conjunto de ellos las diferentes operaciones jurídicas que conllevan la transmisión de los activos, operaciones que pueden ser de distinta naturaleza y que pueden obligar a las partes a efectuar actuaciones que se ajusten a las características de cada uno de los elementos⁸.

c) **La compraventa de empresas en el marco de un procedimiento concursal**

Las “reglas del juego” de la adquisición de empresas en un procedimiento concursal son radicalmente distintas de las que pudieran producirse en una negociación entre particulares. Debe tenerse en cuenta que en el proceso concursal supervisan la operación dos órganos en principio imparciales que deben velar por el respecto al principio de legalidad y al interés del concurso, administración concursal y Juez del concurso juegan un papel primordial en la aceptación inicial de fórmulas de venta de unidades productivas tanto en la opción del convenio —en la evaluación y admisión— como en las de liquidación —elaborando y aprobando el plan de liquidación respectivamente.

⁸ En la práctica las fórmulas elegidas en el tráfico mercantil son muy variadas lo que determina que las resoluciones dictadas por los juzgados y tribunales no sea trasladables de modo automático ya que las sentencias se apegan y aferran al supuesto de hecho concreto que deban examinar. En este punto es de interés la STS de 13-10-1987 en el que se analiza un supuesto en el que las partes pactando dos contratos: uno de venta de un inmueble y el segundo de venta de la empresa. Tanto la sentencia de la Audiencia Provincial como la del Tribunal Supremo llegan a la conclusión de que los contratos no forman una unidad, el Supremo, en una cita ya utilizada en este trabajo, afirma que: *“nuestras Leyes desconocen el concepto de empresa como universalidad, por lo que la transmisión de la empresa originará negocios jurídicos que correspondan a cada uno de los elementos que se transmiten, estando cada uno de ellos sometido a sus propias reglas, de ahí que el nacimiento, vida y efectos de cada relación patrimonial en la venta de una empresa siga su propio cauce con independencia de los demás, por todo lo cual, al no haberse transmitido la parcela objeto del pleito como un elemento de la empresa y ser susceptibles de transmisión las empresas sin patrimonio se llega a la conclusión de que los dos contratos de venta referidos no forman una unidad, uno de ellos se refiere a la industria y el otro a un inmueble que para el ejercicio de la industria es intercambiable ...”*.

En el proceso concursal debe considerarse que cualquiera de las fórmulas que se elijan para la transferencia de unidades de negocio a terceros los acreedores juegan un papel esencial bien porque deben votar el convenio, bien porque pueden fiscalizar las operaciones de liquidación y oponerse a las que les resulten perjudiciales.

Si la venta de empresas en el tráfico no concursal es compleja y se somete a interminables negociaciones y matices no siempre transparentes; en el procedimiento concursal esa misma enajenación se rige por reglas mucho más claras en las que las eventuales contingencias —los acreedores actuales o futuros— pueden advertir de los riesgos de la operación.

Tanto en el escenario del convenio como en el de la liquidación la enajenación de unidades productivas tiene algunas peculiaridades que pueden favorecer la venta:

— Los efectos novatorios del convenio permitirán reducir los pasivos que pudiera tener la compañía —artículo 136 de la Ley Concursal.

— La entrada de un tercero por la vía del convenio —artículo 100— permite a este tercero asumir obligaciones de un modo específico, obligaciones no necesariamente generales que habrán de ser fiscalizadas por el Juez y los administradores antes de someterlas a votación en junta. Esas obligaciones y límites pueden modificarse si se acude al cauce del convenio anticipado ya que las quitas y esperas regladas —5 años y 50% de quita— sólo se exigen respecto del convenio ordinario.

— El proceso concursal permite expedientes de regulación de empleo y reestructuración de las plantillas comandados por la administración concursal permitiendo imponer soluciones judiciales de extinción de los contratos si no hay acuerdo —artículo 64 Ley Concursal.

— El artículo 44 permite al juez del concurso acordar ceses parciales o totales de actividad para evitar nuevas deudas, el artículo 61, 62, 68,69 y 70 modifican las reglas generales sobre contratación y permiten rehabilitar algunos contratos “estratégicos” o resolver contratos gravosos para el concursado.

— Finalmente el plan de liquidación —artículos 148 y 149— favorecen la venta en globo de unidades productivas y permiten al adquirente derivar hacia el Fondo de Garantía Salarial las deudas laborales si se subroga en la posición del empresario al que se liquida.

Todos estos mecanismos siendo de gran interés no por ello dejan de generar dudas e incertidumbres tanto por la novedad de la ley —no se han evaluado con tranquilidad muchas de las nuevas instituciones concursales y, por lo tanto, no es posible saber si la Ley concursal será un instrumento idóneo para la enajenación de empresas en funcionamiento—, como por el severo régimen de responsabilidades que pueden derivarse del concurso si se califica de culpable —artículo 172— o si se proyectan responsabilidades hacia terceros por el cauce de la complicidad, o si se reactiva el concurso en el supuesto de que fracase el convenio, volviendo los créditos a su situación anterior a la novación de los mismos. En definitiva es un campo todavía inexplorado que obliga a actuar con ciertas cautelas.

5. EL PRINCIPIO GENERAL DE LIBERTAD DE PACTOS. LAS GARANTIAS PACTADAS POR LAS PARTES Y LAS POSIBILIDADES DE EFECTIVIDAD DE DICHAS GARANTIAS

Comprador y vendedor se obligan libremente y, fruto de esa libertad de pacto recogida en el artículo 1255 del Código civil, pueden pactar cuantas cláusulas o condiciones consideren oportunas siempre y cuando no vulneren las leyes, la costumbre o el orden público.

Pese al carácter complejo de este tipo de negocios jurídicos lo cierto es que a la hora de interpretar o resolver los conflictos el juez habrá de tener en cuenta:

1. La voluntad de las partes expresada en el contrato —para determinar esa voluntad tendrá que acudir a las normas generales sobre la interpretación de los contratos yendo:

- a) Primero a la literalidad de las cláusulas si son claras —artículo 1281 CC.
- b) En segundo lugar a la intención de las partes si las palabras son contrarias a esa intención evidente —artículo 1281.2 CC.
- c) A los actos coetáneos o posteriores al contrato para conocer esa intención.
- d) A los efectos que se querían obtener por esas cláusulas.
- e) A la naturaleza y objeto del contrato.
- f) A la costumbre, en este caso vinculada no a la costumbre del país sino al principio de habitualidad en el este tipo de operaciones.
- g) Finalmente y siendo un contrato oneroso a la interpretación más favorable a la reciprocidad de intereses.

2. Los principios básicos de la contratación civil; Confianza y buena fe (art. 1258 CC) obligan a respetar lo pactado así como todas las consecuencia del pacto según la naturaleza del mismo y conforme a las reglas de la buena fe el uso y la Ley. No cabe duda que en este tipo de operaciones la confianza es fundamental, confianza que debe presidir el proceso de negociación y los flujos de información que el comprador requiere al vendedor al objeto de que el comprador pueda conocer con la mayor exactitud aquello que pretende adquirir y el vendedor no pueda quedar a merced de un competidor desleal o de un especulador.

3. La buena fe contractual ha de entenderse en un sentido objetivo, es decir —siguiendo la terminología del Tribunal Supremo fijada en la STS de 30-6-2000— *“como comportamiento justo, pero exige que sea adecuado y debe actuar para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto y su existencia o inexistencia es cuestión de hecho, de la libre apreciación por los juzgadores de instancia, lo que no es óbice para que el concepto jurídico de la buena fe sea deducido libremente, valorando la base fáctica (Sentencias de 5 julio 1990, 9 octubre 1993 y 17 febrero 1996), y no queda fuera del control casacional⁹”*.

4. Siguiendo la terminología al uso¹⁰ este tipo de contratos recogen una lista de declaraciones del vendedor sobre los diversos estados de los bienes tangibles e intangibles, derechos y obligaciones que configuran o conforman el objeto de la venta, se trata de las representaciones y garantías que el vendedor manifiesta como ciertas. Cuando esas garantías o representaciones no son correctas o exactas la doctrina habla de misrepresentation, figura no muy lejana del incumplimiento contractual en los negocios jurídicos, incumplimiento que podrá afectar a elementos esenciales del contrato —lo que permitirá al perjudicado resolver el contrato e incluso obtener la nulidad del mismo— o a elementos accesorios del contrato —lo que permitirá una indemnización por lesión—. Siguiendo a Carrasco Perera debe advertirse que estas representaciones o garantías las ofrece o presenta el vendedor lo que determina:

- a) Que si lo que se venden son activos de una compañía es la propia compañía o empresa la que es parte del contrato de compraventa y por lo tanto conoce y asume sus responsabilidades.
- b) Que si lo que se venden son acciones o participaciones en una compañía el vendedor no es la compañía en sí lo que puede determinar que algunas informaciones o precisiones recogidas en esas garantías o representaciones quede pendiente de la

⁹ Es una sentencia dictada en el supuesto de la compraventa por parte del Estado de una de las sociedades que formaban el Grupo Rumasa por la vía de la venta de acciones. En esa compraventa el Estado había ocultado que la sociedad que se vendía carecía de licencia municipal de actividad, lo que la hacía inhábil para el fin para el que fue vendida.

¹⁰ Angel Carrasco Perera, Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento. En la obra colectiva citada: *Fusiones y adquisiciones de empresas*.

confirmación de esos datos en la compañía, que no es parte del contrato, lo que determina que el vendedor pretenda incluir en el contrato algunas cláusulas de exención de responsabilidad frente a posibles contingencias.

5. Al movernos dentro del ámbito de los principios generales de la contratación civil el elemento fundamental a la hora de afrontar la posible solución de conflictos debe ser —junto con la negociación o actuación de buena fe, el respeto al principio de la mutua confianza y el respecto a la voluntad expresada por las partes— la determinación del grado de conocimiento que el comprador tuviera de las circunstancias que hayan podido frustrar el buen fin del contrato, es decir, que la suerte de estos contratos cuando se pretenden resolver o modificar en sede judicial es la determinación del alcance de las diligencias de comprobación —las “due diligences” en la aceptada terminología anglosajona— así como la actuación y comportamiento de los contratantes durante esa fase inicial de comprobación que se realiza durante la negociación del contrato

6. LA BUSQUEDA DE CATEGORIAS JURIDICAS RECONOCIBLES: EL CONSENTIMIENTO, EL OBJETO, LA CAUSA, EL PRECIO

En palabras de J. M. Alvarez Arjona¹¹ *“el interés del vendedor en no tener responsabilidad sobre lo que vende y del comprador en asegurarse de la exactitud del modelo sobre el que ha basado su decisión de comprar serán, junto con la fijación del precio, los elementos a través de los cuales gravitará todo el proceso de negociación”*.

En cuanto a la forma se aplica el artículo 1280 del Código civil, libertad de forma, pero normalmente se formalizarán por escrito y, como ya se ha advertido, el influjo anglosajón permite que estos contratos en vez de iniciarse con la identificación de las partes se inicie con un índice y con la definición de los conceptos o términos esenciales del contrato —los denominados contratos de fijación jurídica¹².

En palabras de Alvarez Arjona la determinación del objeto del contrato no siempre será sencillo y normalmente comprador y vendedor establecerán el objeto a partir del análisis de los estados financieros, contabilidad y documentación que la vendedora facilite y que normalmente se contrastará por medio de diligencias de comprobación encomendadas a expertos independientes. Una de las vías habituales en este tipo de contratos puede ser la de definir los elementos que no se adquieren.

¹¹ José M^a Alvarez Arjona, *Obra citada*.

¹² *Aquellos mediante los que las partes, por vía convencional, eliminan la incertidumbre y la controversia o evitan que pueda surgir. Destaca nuestra mejor doctrina que se trata de un negocio creador de una situación jurídica de Derecho sustantivo: la situación fijada o acertada. Las partes en contemplación de una relación, o una pluralidad de relaciones jurídicas preexistentes, delimitan y precisan sus respectivas exigencias jurídicas, determinando el alcance, para el futuro, de sus respectivas obligaciones, con lo que dan certeza al ámbito de su interrelación de intereses. En la jurisprudencia predominan las Sentencias que asimilan el negocio de fijación con los contratos reproductivos o reconocitivos (Sentencias 28 octubre 1944, 6 junio 1969, 19 noviembre 1974, 23 junio 1983, 15 octubre 1985, 22 diciembre 1986, 25 mayo 1987, 16 febrero y 26 marzo 1990, 30 abril 1999), aunque en algunas resoluciones (11 abril 1961, 18 junio 1962, 29 octubre 1964, 5 febrero 1981) se aprecia un criterio más amplio que supone una aproximación a la orientación doctrinal con arreglo a la que mediante un negocio de fijación «no se trata de dar exclusivamente una mayor certeza probatoria, sino que se pretende la exclusión de pretensiones que surgen o pueden surgir de una relación jurídica previa... por lo que tiene un alcance mucho mayor que la mera reproducción de un negocio en un documento»... Como consecuencia de quedar «fijada» la situación jurídica es apreciable, al menos por analogía (art. 4.1 CC), una consecuencia jurídica semejante a la que se mantiene por la jurisprudencia en aplicación del inciso primero del artículo 1816 CC sobre transacción (figura jurídica muy similar a la del negocio de fijación, dentro de cuya órbita se sitúa por unos v. S. 18 junio 1962, y se equipara por otros), de tal manera que no cabe traer a colación —exhumar— aquellas cuestiones (dudas, circunstancias o defectos) que quedaron zanjadas en virtud de lo convenido (Sentencias, entre otras, de 3 junio 1902, 30 marzo 1950, 6 julio 1951, 5 abril 1957, 26 abril 1963, 14 mayo 1982, 14 diciembre 1988, 20 abril y 30 octubre 1989, 4 abril 1991, 6 noviembre 1993” (Referidas todas estas sentencias en la STS de 15-3-2002). En conclusión estos contratos de fijación jurídica no hacen sino establecer pautas de interpretación que eviten los riesgos de tener que acudir a las normas generales sobre interpretación previstas en el artículo 1281 del Código civil.*

La contraprestación puede ser en dinero o en otros bienes y derechos, pueden pactarse sistemas de pago o remuneración escalonados, aplazados o vinculados a la constatación o comprobación de terminados hitos u objetivos.

Este tipo de contratos suelen venir acompañados por un sistema intrincado de garantías, también pueden fijarse convencionalmente límites a la responsabilidad incluidas las contingencias por deudas públicas y reclamaciones de terceros.

La búsqueda de categorías reconocibles desde la perspectiva civilista ha llevado a la doctrina —en este caso se sigue a Carrasco Perera— a identificar amparadas por el código civil un conjunto de acciones para el supuesto de que el vendedor no hubiera realizado manifestaciones y garantías o estas manifestaciones y garantías hubieran ocultado o eludido referencias a contingencias que debía conocer el comprador:

a) Saneamiento por evicción —artículo 1475 CC— que tendrían lugar cuando el comprador hubiera sido privado de la propiedad en todo o parte de la cosa vendida como consecuencia de que un tercero hubiera hecho valer su mejor derecho adquirido con anterioridad a la venta.

b) Saneamiento por defectos o vicios ocultos —artículo 1484 y siguientes del código civil.

c) Acciones por incumplimiento en general —1101 y 1124 CC— que la doctrina despliega para dos supuestos:

i) Entendiendo que las manifestaciones y garantías puedan ser interpretadas como una promesa de cumplimiento de una conducta futura.

ii) Cuando las contingencias fueran de naturaleza tan sustancial que se pudiera considerar que se ha producido la entrega de una cosa distinta de la prometida.

d) Indemnización y nulidad por dolo —1269 y 1270 CC.

Conforme a lo anterior si los contratantes hubieran establecido en el contrato un conjunto de manifestaciones y garantías respecto el objeto y circunstancias de los bienes vendidos, será la veracidad o exactitud de dichas manifestaciones o circunstancias la que permitirá comprobar si ha habido cumplimiento o incumplimiento por las partes, es decir, serán los propios elementos del contrato los que permitirán valorar la actuación de comprador y vendedor. Si no existen estas manifestaciones y garantías expresadas en el contrato la cuestión se complica desde un punto de vista probatorio.

Al amparo del principio de libertad de pactos es muy habitual que en este tipo de contratos se incluyan cláusulas limitativas de la responsabilidad, incluyendo o excluyendo determinadas contingencias, estableciendo los umbrales cuantitativos de determinadas contingencias, fijando un plazo de revisión en el cual puedan denunciarse dichas contingencias e incluso fijando cláusulas de carácter penal que permitan fijar la posible indemnización sin tener que acudir a la prueba del perjuicio.

En cuanto al precio tal y como exige el artículo 1445 del Código civil en la compraventa el precio debe ser real, determinable y consistir en dinero o signo que lo represente. Siguiendo a Peña González debe indicarse que en el ordenamiento civil común no hay norma que exija que el precio pagado sea justo lo que determina que sólo en los supuestos de precio vil o irrisorio pueda instarse la resolución por negocio simulado.

En el derecho navarro y en el catalán si que se permite la rescisión de un contrato por lesión si el perjuicio excede la mitad del precio justo en el caso de bienes inmuebles.

7. LAS POSIBLES ACCIONES POR DOLO O ERROR

El artículo 1265 del Código civil establece que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo; este precepto y los que lo desarrollan permiten construir la doctrina de la resolución de los contratos por vicios de consentimiento. Los vicios de consentimiento deben analizarse y ponderarse partiendo de las concretas

circunstancias de cada caso defendiendo el Supremo que, en caso de duda respecto de la concurrencia de estas circunstancias, debe optarse por el principio de conservación del contrato (STS de 22-10-1992).

a) Acciones por dolo

Como ya se ha indicado el punto de partida de las acciones por dolo tienen su base legal en el artículo 1269 del Código civil que considera que hay dolo: “*cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho*”¹³, este concepto de dolo debe ser completado con el artículo 1270 del mismo Código que indica que “*para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios*”; la acción de daños y perjuicios contractual es la del artículo 1101.

La jurisprudencia ha considerado que el dolo debe ser grave y no debe haber sido empleado por las dos partes contratantes y no puede presumirse (STS de 31-5-2001)¹⁴, exigiéndose una “cumplida prueba” del mismo (STS de 27-3-1989).

El plazo para el ejercicio de las acciones de nulidad derivadas de dolo dura 4 años—artículo 1301 CC— que, en el supuesto específico de dolo se computan desde la consumación del contrato, “*este momento de la «consumación» no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes*” (STS de 27-3-1989), es un plazo de prescripción, no de caducidad y, por lo tanto, puede ser interrumpido.

Si en el contrato el comprador expresa determinadas cualidades de la cosa que vende y luego esas cualidades no se corresponden con la realidad puede hablarse de comportamiento doloso del vendedor. El Tribunal Supremo ha considerado que existe dolo en un supuesto de compraventa de acciones cuando el engaño se refería a la declaración de los activos que integraban el patrimonio de la sociedad. La doctrina advierte que el dolo debe quedar “relativizado” cuando el comprador ha podido conocer el estado de la compañía por medio de una “*due diligence*”¹⁵.

El concepto de dolo va más allá de la simple ausencia de buena fe, en la medida en la que: “*la trasgresión se produjo voluntariamente y con plena conciencia de la antijuridicidad del acto, al ocultar deliberadamente la denegación de la referida licencia de apertura, y ofrecer a la parte compradora unas garantías y seguridades que, al ser inexistentes,*

¹³ Existe una consolidada jurisprudencia que define el dolo “in contraendo”, jurisprudencia que considera que: “*el dolo «causa dans» o «in contrahendo» determinante de la celebración del negocio jurídico, cuyo elemento objetivo es un comportamiento engañoso informado por el «animus decipiendi» de lograr la declaración mediante el artificio utilizado lo hace consistir el artículo 1269 del Código Civil, en términos de gran generalidad, en el empleo de palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes induciendo al otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho, concepto en el que caben toda suerte de astucias para conseguir el resultado falaz, Sentencias de 22 de marzo de 1924 y 28 de febrero de 1969, por lo que es manifiesto y entendido que aun no existiendo total coincidencia entre el fraude civil o dolo y la figura punible de la estafa, por fuerza ha de darse entre uno y otro una sustancial conformidad, como tiene declarado la Sentencia de 25 de octubre de 1928 y no debe de señalar la doctrina de los autores, amplitud de la noción que viene impuesta por los antecedentes históricos del «dolum malum» como toda astucia, falacia o maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro, que ha pasado a las Partidas como «mal engaño que hacen algunos omes los unos a los otros por palabras mentirosas o encubiertas que dicen con intención de los engañar e de los recibir». Sentencia 3 de febrero 1981” (Citadas por la STS de 18-7-1988).*

¹⁴ El supuesto de hecho que dio lugar a esta resolución era una compraventa de los activos mobiliarios e inmobiliarios de una sociedad declarada en suspensión de pagos vencida por la comisión liquidadora designada en la junta de acreedores de la suspensión.

¹⁵ “*El régimen general de la obligación de saneamiento por vicios o defectos ocultos plantea ciertos problemas cuando el comprador ha completado una auditoría de compra (due diligence) antes de prestar su consentimiento, pues esa auditoría limita aún más el ámbito de protección otorgada por el saneamiento previsto por el Código civil, ya que el comprador deviene normalmente conocedor de todas o de parte de las contingencias*” (Peña González/Casals Ovalle).

maliciosamente resultaron sustraídas y autorizan a contemplar dolo incidental, que obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados, conforme al artículo 1270 del Código Civil, en relación al 1104". (STS de 30-6-2000 ya mencionada en otros pasajes). El dolo que se aprecia en este caso se vincula a una falta extrema de diligencia al no comprobar el Estado la existencia de licencias que permitieran la explotación del negocio¹⁶.

En un supuesto de compraventa de acciones para la toma de control de una sociedad la Audiencia Provincial —SAP de Barcelona de 5-1-2000— define el dolo del modo siguiente: *"El dolo, como vicio del consentimiento, presupone el empleo, por uno de los contratantes, de engaño, maniobra o maquinación, intencionadamente, con el fin de producir en el otro un conocimiento equivocado o una representación mental errónea sobre la situación verdadera*.

Presupone el dolo, entre otros requisitos, el de ser determinante de la declaración de voluntad de la otra parte o del contenido de la misma (el dolo provoca, normalmente, un error, el llamado error doloso).

Por otro lado, para que el dolo sea vicio del consentimiento es preciso que su influencia en la voluntad de quien lo sufre se produzca en el momento de consentir, esto es, en el de la coincidencia de las voluntades exteriorizadas mediante las declaraciones que dan vida al contrato: la oferta y la aceptación.

Como se dijo, las demandantes no afirmaron en la demanda haber sido víctimas de dolo causante, sino que, conformes con el mantenimiento o conservación de los contratos, alegaron que los vendedores habían empleado dolo incidental, el cual, según el artículo 1270.2 del Código Civil, sólo obliga a que lo empleó a indemnizar daños"¹⁷. Permitiendo el ejercicio de una acción de daños y perjuicios por dolo aunque en el caso concreto la demanda no prosperara. Las pruebas practicadas en primera instancia permiten a la audiencia dar mayor relevancia a las actuaciones de las partes que al contenido de una de las cláusulas del contrato que establecía el condicionante de que no existieran contratos de distribución u otros similares a largo plazo.

Advierte la doctrina —Carrasco Perera— que por medio del ejercicio de acciones por dolo, cuando el vendedor hubiera omitido o falseado datos o circunstancias sobre las cosas objeto de contrato, se ha obtenido un resultado similar al que se obtendría en el caso del ejercicio de una acción por incumplimiento. De igual modo se advierte que estas acciones por dolo o culpa en el momento de firmarse el contrato resultan mucho más eficaces que las acciones por vicios ocultos.

Con referencia a la compraventa de empresa y la concurrencia de dolo la doctrina más reciente —Payá Pujadó/Martínez Maroto¹⁸— ha considerado la concurrencia de dolo tanto:

¹⁶ El Tribunal Supremo es muy severo en este caso al considerar que: *"el Estado ya era propietario por vía expropiatoria de Industrias Tauro, SA, por lo tanto debía ser conocedor de la situación urbanística o, al menos, contaba con todos los medios aptos para tener perfecta y cabal noticia de ello y prescindiendo decidida y voluntariamente de tal situación irregular, no adaptada a la ley, la que aparcó a su conveniencia y utilidad, vino a llevar a cabo la transmisión de todo el accionado de la empresa referida, expresando de modo claro y rotundo en el contrato de que «ni existe noticia de violación de la Ordenanza aplicable a la zona o del Código Urbanístico» (apartado 22 de la cláusula cuarta). Esto significa conducta de deslealtad contractual que incrementa el apartado 25 de la cláusula referida, en cuanto que la sociedad que se transmitió contaba con todas las licencias necesarias, tanto respecto a su patrimonio como para facilitar la explotación del negocio de fabricación de marroquinería y viajes en piel"*.

¹⁷ El supuesto de hecho de la SAP de Barcelona de 5-1-2000 era: *"La mercantil demandante había pactado como especificación que la vendedora no tenía suscrito con otra sociedad o sociedades mercantiles contratos de distribución, agencia o representación ni ningún otro compromiso a largo plazo, al descubrir el comprador que la vendedora no sólo tenía contratos de esta naturaleza sino que, además, respecto de alguno de ellos estaban bajo demandas judiciales, insta un procedimiento indemnizatorio alegando el dolo del vendedor, dolo que, a juicio del propio actor se reputaba incidental y, por lo tanto, consideraba posible mantener el contrato con la correspondiente indemnización. Al examinar la prueba la audiencia provincial considera que la compradora pese a establecer ese pacto en el contrato antes de la fijación definitiva del precio conocía cuando menos de la existencia de las reclamaciones judiciales*.

¹⁸ Alejandro Payá Pujadó y Francisco J. Martínez Maroto. El sistema Contractual. En la obra colectiva *Régimen Jurídico y Tributario del capital riesgo en España*. Coordinado por Miguel Trias Sagnier. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2006.,

- Cuando el vendedor haya silenciado circunstancias esenciales —maniobras insidiosas o dolo omisivo— STS de 26-10-1986: *“el concepto de dolo que da el artículo 1269 del C. Civ. no sólo se comprende la insidia directa e inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente —SS. de 6 junio 1953 (RJ 1953\1658), 7 enero 1961, 20 enero 1964 (RJ 1964\355)— a la otra parte, poniéndola en la misma situación invalidante de su consentimiento, o, como decían las Partidas (Partida 7, 15, una) «de manera que non se puede ome guardar del engaño», lo que pugna con el deber de informar exigible por la buena fe (arts. 7.º, 1.º y 1258 del C. Civ.)”*.

- Cuando el vendedor haya realizado manifestaciones garantizando la idoneidad de lo vendido.

No resulta necesario que se pruebe el ánimo de dañar o de lucrarse, en este sentido el Tribunal Supremo en STS de 1-10-1986 tiene declarado que: *“el dolo «no implica precisamente la intensión deliberada de ocasionar perjuicios a la otra parte, sino que nace de la conjunción de dos elementos: el empleo de maquinaciones engañosas (que pueden perfectamente consistir en un comportamiento negativo o en una abstención de obrar o dar a conocer algún hecho) y la inducción que esos comportamientos ejercen sobre la voluntad de la otra parte para determinarle a realizar el negocio, de manera que pueda racionalmente presumirse que, de no existir el comportamiento doloso del vendedor, el comprador no hubiese efectuado la operación», razonamiento éste, que se inscribe en la doctrina de esta Sala —sentencias de seis de junio de mil novecientos cincuenta y tres, siete de enero de mil novecientos sesenta y uno, veinte de enero de mil novecientos sesenta y cuatro, veintiséis de octubre de mil novecientos ochenta y uno y veintitrés de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro”*.

En el supuesto de compraventa indirecta de empresas, es decir, compraventa por medio de la adquisición de las acciones de una sociedad, es posible la apreciación del dolo o engaño en los términos referidos por el Tribunal Supremo en su sentencia de 26-10-1981 en el que analizaba un supuesto de compraventa de empresas por medio de la compra de las acciones de una corporación. El Tribunal Supremo enumera cinco razones para apreciar el dolo en la compraventa:

a) Dolo por omisión *“porque en el concepto de dolo que da el artículo 1269 del C. Civ. no sólo se comprende la insidia directa e inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente —SS. de 6 junio 1953, 7 enero 1961, 20 enero 1964— a la otra parte, poniéndola en la misma situación invalidante de su consentimiento, o, como decían las Partidas (Partida 7, 15, una) «de manera que non se puede ome guardar del engaño», lo que pugna con el deber de informar exigible por la buena fe (arts. 7.º, 1.º y 1258 del C. Civ.)”*;

b) Apreciación del dolo a partir de la posición ambigua del vendedor *“porque la apreciación de los hechos corresponde a esa descripción del dolo reticente, no otra que la de la ambigüedad de la vendedora, que no obstante decir que no es dueña luego lo contradice mostrando una escritura pública de propiedad y después oculta una Orden Ministerial que, de haber sido notificada (es del año 1971 y el contrato de 1973) y conocida por las compradoras otro hubiera sido el convenio”*;

c) Distingue entre dolo y error *“porque la noción del dolo carga su acento, en cualquiera de sus formas, en la conducta «insidiosa» (art. 1269 del C. Civ.) del agente, en la maquinación o astucia, activa o pasiva, por acción o por omisión, del que induce al otro a contratar, no en el error inducido de éste, independientemente de que esta situación psicológica se dé o no en él, dadas las diferencias y consecuencias distintas entre los dos vicios del consentimiento, error y dolo”*;

d) El dolo del vendedor es independiente de la actitud del comprador, de la confianza que el comprador haya depositado en el vendedor, *“porque en ese sentido la maquinación insidiosa es independiente de la actitud de la parte afectada (en el*

recurso se habla de «candidez»); es decir, porque no se puede ni se debe premiar la mala fe ínsita en el dolo so pretexto de la confianza ajena, calificando a ésta de ingenuidad («simplicitas») como si el Derecho debiera ser más el protector de los astutos que el defensor de los confiados, concepto o conductas que no pueden equipararse a los de diligencia o negligencia (y ahí sí que «vigilantibus non dormientibus iure succurrunt») como pautas que el Derecho ha de valorar otorgando su protección al hombre cuidadoso frente al negligente, y evidente resulta aquí que no puede calificarse de negligencia o simplicidad la actitud de las compradoras, que se aquietan y confían, como cualquier hombre razonable, ante el dato de una escritura pública de propiedad, en sí constituyente de fe pública”; y

e) Conclusión “en fin, porque, consecuentemente, no se puede tildar a la sentencia recurrida de indebida aplicación del artículo 1270 del C. Civ., primero porque su calificación de dolo grave o causante es correcta y correcta también su no estimación de conducta pareja en las compradoras, lo uno porque la maquinación descrita les indujo a contratar y pagar el precio, y lo otro porque así se deduce y resulta de la actitud de aquéllos, no implicativa ni de error inexcusable ni de mala fe, todo ello aparte de recaer la maquinación en una parte fundamental del patrimonio social objeto del contrato.”

Como ya se ha indicado el ejercicio de las acciones derivadas del dolo permiten la reclamación de daños y perjuicio, daños y perjuicios que en el caso de compraventa de empresas habrá de incluir los gastos efectuados respecto al pago de salarios e indemnizaciones por despido al personal contratado para el ejercicio de la industria comprada en virtud del convenio anulado, siempre y cuando se apreciase nexo causal entre el daño reclamado y el dolo apreciado; deben, por lo tanto incluirse “aquellos perjuicios que de modo notorio, es decir, sin duda alguna en cuanto a su conocimiento, se deriven del incumplimiento por dolo, noción que aunque sea más amplia que la de las «consecuencias necesarias» que el párr. 1.º del artículo 1107 en cuestión, aplicable al deudor de buena fe, no por eso implica que no se deba discriminar aquellos perjuicios que la apreciación de una realidad, con el empleo de la zona crítica, aconsejen ser excluidos, por no ser normalmente imputables, so pena de sancionar con exceso o desproporcionadamente la conducta dolosa” (STS de 26-10-1981 ya citada).

b) Acciones por error

Si el vendedor deja de comunicar al comprador cualidades relevantes de la cosa por desconocerlas, aunque ese desconocimiento sea culposo, las acciones que podrían ejercitarse no serían las derivadas del dolo sino las del error. Conforme a la práctica judicial española para que prosperen estas acciones es necesario:

1. Que el error sea imputable a la conducta del vendedor.
2. Que el error sea excusable. STS de 24-1-2003: “para que el error invalide el consentimiento, se ha de tratar de un error excusable, es decir, aquel que no se puede atribuir a negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar al consentimiento, así lo entienden la sentencia de 14 y 18 de febrero de 1994, 6 de noviembre de 1996 y 30 de septiembre de 1999, señalándose en el penúltima de las citadas que «la doctrina y la jurisprudencia, viene reiteradamente exigiendo que el error alegado no sea inexcusable, habiéndose pronunciado por su no admisión, si éste recae sobre las condiciones jurídicas de la cosa y en el contrato intervino un letrado, o se hubiera podido evitar el error con una normal diligencia»”.
3. Que afecte a un elemento esencial del contrato.
4. EL error debe darse en el momento de perfeccionamiento del contrato, no en su consumación (STS de 21-05-1997).

5. El error determina la anulabilidad del contrato, luego debe plantearse por vía de acción, no de excepción.

Conforme a los criterios generales fijados por la jurisprudencia la STS de 17-07-2006 compendia los criterios asentados e indica que: *“hay que decir que para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte,*

- *que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (Sentencias de 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004); y, además,*

- *y por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (Sentencias de 18 de febrero y de 3 de marzo de 1994, que se citan en la de 12 de julio de 2002, y cuya doctrina se contiene, a su vez, en la de 12 de noviembre de 2004; también, Sentencias de 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005)”.*

Debe tenerse en cuenta que en la jurisprudencia se han desplazado al comprador los riesgos por defecto en la cosa vendida en algunos supuestos:

a) Cuando los defectos hubieran podido ser conocidos con el empleo de la diligencia ordinaria o media —así la STS de 17-2-2005: *“Ha de recordarse la doctrina jurisprudencial según la cual para que un error pueda invalidar un negocio, es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente (Sentencias de 24 de enero de 2003, 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999, entre otras)”.*

b) Cuando dichos defectos constaran en la documentación que el comprador hubiera tenido en su poder.

c) Cuando pudieran haberse conocido mediante la práctica de simples gestiones.

d) Cuando el error fuera inexcusable.

El plazo para el ejercicio de acciones en las que se alegue error son de cuatro años conforme establece el artículo 1.301 del Código civil.

Por otra parte las acciones por dolo o error no son incompatibles con las acciones edilicias por vicios ocultos, así la STS de 3-2-1986: *“Tampoco faltan sentencias que admiten la concurrencia con las edilicias de las acciones nacidas de error sustancial o dolo, como la de diecinueve de abril de mil novecientos veintiocho, llegando a decir la de seis de junio de mil novecientos cincuenta y tres recaída en un caso de error que la voluntad racional y consciente es la esencia del acto jurídico que puede estar afectado en su formación por un vicio que excluya o disminuya sus características de inteligencia o discernimiento y tal es el error, que anula el consentimiento en virtud del principio general que sienta el artículo 1265 y que explica el siguiente 1266 y sin que pueda ser obstáculo para la declaración de nulidad la posibilidad del ejercicio de otras acciones por parte del comprador, como la que en su favor reconoce el artículo 1.486, «pues ningún precepto de nuestro Código excluye la concurrencia de la acción de impugnación por error con las que se derivan de otros artículos, cuya elección corresponde a aquél a quien asisten»; sin que*

se explique satisfactoriamente cómo puede mantenerse el contrato cuando se demuestra la falta del consentimiento racional o consciente que es su esencia, caso del presente recurso; máxime que las acciones edilicias se hallan sujetas al breve plazo de caducidad del artículo 1490 que las hace inadecuadas para casos como el presente, análogo al que contempló la sentencia de cuatro de enero de mil novecientos ochenta y dos; procediendo, en suma, reiterar este cuerpo de doctrina presidido por la flexibilidad y animado por la prudencia y que aparece ajustado a las garantías debidas al adquirente de buena fe y a la tradición de los Códigos latinos que siguieron, como el nuestro, la inspiración francesa”.

8. LAS ACCIONES POR INCUMPLIMIENTO

Las acciones por incumplimiento contractual exigen que el vendedor una actuación de mayor intensidad que la de las acciones por vicios ocultos que el vendedor desconoce. En palabras del Tribunal Supremo (STS de 30-6-2000): *“En el caso de autos se trata de licencia municipal ocultada, en cuanto se dice en el contrato que se contaba con todas las licencias, la que incluye la de apertura y, por tanto más que relacionarse la cosa, se está refiriendo a actividad o conducta precontractual del Estado vendedor, que resultó omisiva, al no haberse preocupado de constatar si se había concedido la licencia, lo que resultaba fácil y posible con la simple consulta a las oficinas municipales, sin perjuicio que no se desconocía su inexistencia, ya que se trató de obtenerla sin resultado y, por contrario, se asumió y dio por hecha su concesión, con lo que se está ante situación que rebasa la propia de los vicios ocultos, para presentarse como efectivo incumplimiento del contrato, dada la intensidad y desembolsos económicos que se requieren para la obtención de la licencia administrativa, que la parte vendedora aportó como efectivamente otorgada, incidiendo tal conducta contractual en la base y motivo causal del negocio y también resulta y se presenta situación amenazante notoria, acomodada a la ley, por la posibilidad de suspensión y clausura de las actividades industriales y demolición incluso por orden de la autoridad gubernativa competente”.*

Siguiendo esa misma sentencia: *“El incumplimiento opera en este caso por insatisfacción objetiva en la parte compradora, con trascendencia en la inhabilidad del objeto, en este caso jurídica. Se trata de vicio que existía en el momento de la contratación, y ello posibilita la sanción de los artículos 1101 y 1124 del Código Civil (Sentencias de 12 marzo 1982, 20 febrero 1984, 6 abril 1989 y 17 febrero 1994)”.*

La doctrina y la propia jurisprudencia han considerado que las acciones por incumplimiento son mucho más eficaces para proteger al comprador siempre y cuando la contingencia advertida fuera de tal intensidad o naturaleza que pudiera considerarse que se ha producido la entrega de una cosa distinta de la prometida. En el supuesto de compraventa de empresas por medio de compraventa de acciones el problema radica en que el objeto de la compraventa son las acciones y, por lo tanto, las contingencias que pudieran afectar a los activos de la compañía no son formal o inmediatamente objeto del contrato, sin embargo en la práctica judicial se ha acudido a las acciones por incumplimiento por considerar que los defectos de calidad o funcionalidad de la cosa vendida eran de tal magnitud que el bien o bienes adquiridos eran inhábiles para la finalidad inicialmente prevista.

La remisión a las normas generales sobre incumplimiento contractual —1101 y 1124 del Código civil— permiten al comprador optar por la resolución del contrato o por el cumplimiento del mismo y, en cualquier caso, le permiten también el ejercicio de la acción de indemnización por daños y perjuicios. La doctrina —Peña González/Casals Ovalle— considera que las acciones del artículo 1124 y 1486 del Código Civil son alternativas, no acumulativas.

Especial referencia a la nulidad por ser el objeto o contrato imposibles. La imposibilidad física o legal de la prestación

El Tribunal Supremo ha sintetizado su jurisprudencia sobre la nulidad contractual en la STS de 21-4-2006 en relación con la STS de 30-4-2002 entendiendo que: 1. *La regulación de los artículos 1272 y 1184 CC (éste se refiere a las obligaciones de hacer aunque la imposibilidad se aplica también, analógicamente, a las obligaciones de dar «ex» art. 1182, SS 21 feb. 1991, 29 oct. 1996, 23 jun. 1997 recoge una manifestación del principio ad impossibilia nemo tenetur (SS 21 ene. 1958 y 3 oct. 1959), que aquí se concreta en la regla de que no existe obligación de cosas imposibles (impossibilium nulla obligatio est: D. 50, 17, 1.185), cuya aplicación exige una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor (SS. 15 feb. y 21 mar. 1994, entre otras); 2. La aplicación debe ser objeto de una interpretación restrictiva y casuística —atendiendo a los «casos y circunstancias»— (SS 10 mar. 1949, 5 may. 1986 y 13 mar. 1987), pudiendo consistir en una imposibilidad física o material (la S. 16 dic. 1970 se refiere también a la moral, y la de 30 abr. 1994 a la imposibilidad económica), o legal, que se extiende a toda imposibilidad jurídica, pues abarca tanto la derivada de un texto legal, como de preceptos reglamentarios, mandatos de autoridad competente, u otra causa jurídica (sentencias, entre otras, 15 dic. 1987, 21 nov. 1958, 3 oct. 1959, 29 oct. 1970, 4 mar., 11 may. 1991 y 26 jul. 2000); 3. A la imposibilidad se equipara la dificultad extraordinaria (S. 6 oct. 1994), pero no cabe confundir dificultad con imposibilidad (sentencias, entre otras, 8 jun. 1906, 10 mar. 1949, 6 abr. 1979, 5 may. 1986, 11 nov. 1987, 12 may. 1992, 12 mar. 1994 y 20 may. 1997), ni tampoco cabe medir la imposibilidad con base en el criterio subjetivo del deudor (lo que produciría inseguridad jurídica, según declara la S. 6 oct. 1994), de ahí que se siga un criterio objetivo (sentencias, entre otras, de 15 y 23 feb., 12 mar. y 6 oct. 1994); 4. La imposibilidad ha de ser definitiva, por lo que excluye la temporal o pasajera (S. 13 mar. 1987) —que sólo tiene efectos suspensivos (S. 13 jun. 1944)—, y la derivada de una situación accidental del deudor (S. 8 jun. 1906); 5. No cabe alegar imposibilidad cuando es posible cumplir mediante la modificación racional del contenido de la prestación de modo que resulte adecuado a la finalidad perseguida (SS 22 feb. 1979 y 11 nov. 1987); 6. Para aplicar la imposibilidad es preciso que no haya culpa del deudor, y no la hay cuando el hecho resulta imprevisible e irresistible (S. 20 mar. 1997). La jurisprudencia la excluye cuando resulta provocada por él (SS 2 ene. 1976 y 15 dic. 1987), o le es imputable (SS 7 abr. 1965, 7 oct. 1978, 17 ene. y 5 may. 1986, 15 feb. 1994, 20 may. 1997), y existe culpa cuando se conoce la causa (SS. 15 feb. y 23 mar. 1994, 17 mar. 1997, y 14 dic. 1998), o se podía conocer (S. 15 feb. 1994), o era previsible (SS. 7 oct. 1978, 15 feb. 1994, 4 nov. 1999), aunque cabe que un cierto grado de previsibilidad no la excluya (S. 23 feb. 1994). La S. 17 mar. 1997 declara que no es aplicable cuando se conocen las limitaciones urbanísticas de la finca; 7. No hay imposibilidad cuando se puede cumplir con un esfuerzo la voluntad del deudor (SS 8 jun. 1906, 7 abr. 1965, 6 abr. 1979, 12 mar. 1994, 20 may. 1997, entre otras). La S. 14 feb. 1994 se refiere a observar la debida diligencia haciendo lo posible para vencer la imposibilidad y en la S. 2 oct. 1970 se acogió por haberse agotado las posibilidades de cumplimiento; y, 8. Para estimar la imposibilidad sobrevenida es preciso que el deudor no se halle incurso en morosidad (art. 1182; y S. 23 feb. 1994).*

De hecho el Tribunal Supremo ha declarado que todo defecto oculto es a la vez un incumplimiento contractual si los vicios hacen inútil la cosa vendida o disminuyen la utilidad de tal modo que constituyen la entrega de una cosa distinta (aliud pro alio). Si lo declarado por el vendedor no se corresponde con la cosa vendida no se puede hablar de vicio oculto sino de incumplimiento contractual (STS de 28-11-1970), en palabras de la STS de 22-4-2004: *“se está en presencia de la entrega de una cosa por otra o «aliud pro alio», cuando existe pleno incumplimiento del contrato de compraventa, por inhabilidad del objeto vendido para cumplir la finalidad para la que se vendió, y consiguientemente se ha producido la insatisfacción del comprador, lo que en estos casos permite*

acudir a la protección que dispensan los artículos 1101 y 1124 del Código Civil; tal inhabilidad ha de nacer de defectos de la cosa vendida que impidan obtener de ella la utilidad que motivó su adquisición (STS de 14 de octubre de 2000 y, en igual sentido, STS de 16 de noviembre de 2000)”.

Las acciones por incumplimiento tienen un plazo para su ejercicio de 15 años, plazo de prescripción (STS de 23-5-2003).

Respecto de la posible distinción entre acciones edilicias y acciones por incumplimiento la mayoría de las sentencias inicialmente se consideraba que se trataba de acciones compatibles, sin embargo en algunos supuestos se ha perfilado el ámbito de ambas acciones, así aparece en la STS de 5-11-1993 que, a su vez, se asienta en sentencias posteriores como la de 6-4-1989): “*procede analizar la doctrina de esta Sala en orden al concepto y distinción entre los vicios ocultos y la prestación distinta; distinción que, aun reconociéndose su dificultad sustancial, puede quedar establecida partiendo de una doble hipótesis, que habría de definir la existencia de la prestación diversa: «como la entrega de una cosa distinta a la pactada, y como el incumplimiento por inhabilidad del objeto, o por insatisfacción del comprador»* —Sentencia 12-3-1982 y las que allí se citan—:

1. *El primer supuesto concurre cuando la cosa entregada contiene elementos diametralmente diferentes a los de la pactada* —Sentencia 23-3-1982 y los que en ella se citan—;

2. *para el segundo caso se hace necesario que el objeto entregado resulte totalmente inhábil para el uso a que va destinado, o que el comprador quede objetivamente insatisfecho; inutilidad absoluta que debe hacer inservible la entrega efectuada, hasta el punto de frustrar el objeto del contrato.* —Sentencia de 20-2-1984— o *insatisfacción objetiva del comprador, que no constituye un elemento aislado, ni puede dejarse a su arbitrio, debiendo estar referido a la propia naturaleza y al uso normal de la cosa comprada, que haga de todo punto imposible su aprovechamiento.* -Sentencias 20-10-1984 y 6-3-1985”¹⁹.

Aunque según la doctrina la distinción en la práctica de cuando existe vicio oculto cuando concurre “*Aliud pro alio*” es casi imposible —así Payá Pujadó/Martínez Maroto—. El Tribunal Supremo establece con cierta claridad teórica la distinción entre acciones por vicios ocultos y la acción por incumplimiento, claridad teórica ya que en la práctica dependerá fundamentalmente de la prueba que pueda desarrollar la parte solicitante²⁰; el supuesto en el que el Tribunal Supremo deslinda una y otra acción es

¹⁹ Línea jurisprudencial seguida hasta nuevos días y recogida en la STS de 6-11-2006: “*Resulta necesario a este respecto, como mantiene la sentencia de primera instancia, confirmada en apelación, distinguir entre vicios ocultos y prestación distinta, o «alind pro alio», según la doctrina establecida por la paradigmática sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1993, recogida entre otras en la sentencia de fecha 15 de noviembre de 2005. La expresada resolución afirma que tal distinción puede determinarse «partiendo de una doble hipótesis, que habría de definir la existencia de la pretensión diversa como la entrega de una cosa distinta a la pactada, y como el incumplimiento por inhabilidad del objeto o por insatisfacción del comprador. El primer supuesto concurre cuando la cosa entregada contiene elementos diametralmente diferentes a los de la pactada; para el segundo supuesto se hace necesario que el objeto entregado resulte totalmente inhábil para el uso a que va destinado o que, el comprador quede objetivamente insatisfecho; inutilidad absoluta que debe hacer inservible la entrega efectuada, hasta el punto de frustrar el objeto del contrato o insatisfacción objetiva del comprador, que no constituye un elemento aislado, ni puede dejarse a su arbitrio, debiendo estar referido a la propia naturaleza y al uso normal de la cosa comprada, que haga de todo punto imposible su aprovechamiento».*”

²⁰ Esa dificultad práctica ha sido advertida por el propio Tribunal Supremo que así en Sentencia de 1 de diciembre de 1997 ya advierte que: “*Sin dejar de reconocerse las dificultades que ofrece en la realidad una distinción segura entre la prestación diversa y los vicios de la cosa entregada, se estará en la hipótesis de entrega de una cosa por otra, «aliud pro alio», cuando ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y concurrido absoluta insatisfacción a la parte compradora, permitiendo ello al perjudicado acudir a la protección que dispensan los artículos 1101, 1106 y 1124 del Código Civil, como así, viene manteniéndose en reiterada jurisprudencia de la Sala —que por bien conocida excusa de citar las sentencias en que es recogida— pero las aludidas «inhabilidad absoluta» e «insatisfacción total» no tienen por qué concurrir necesariamente en los supuestos de «defectos ocultos» que posibilitan la acción específica que conceden los artículos 1484, 1485 y 1486 del mentado Texto Legal».*”

en el compraventa de máquina adquirida para una actividad industrial: “*siempre ha entendido [el Tribunal Supremo] que se está en presencia de entrega de cosa diversa o «aliud pro alio» cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, al ser el objeto impropio para el fin a que se destina, lo que permite acudir a la protección dispensada en los artículos 1101 y 1124 del Código Civil —SSTS de 30 de noviembre de 1972, 24 de abril de 1973, 21 de abril de 1976, 20 de diciembre de 1977 y 23 de marzo de 1982—, pues, como puntualiza la STS de 20 de febrero de 1984, la ineptitud del objeto para el uso a que debía ser destinado significa incumplimiento del contrato y no vicio redhibitorio, lo que origina sometimiento a diferentes plazos de prescripción —SSTS de 6 de mayo de 1911, 19 de abril de 1928, 1 de julio de 1947 y 23 de junio de 1965— (STS de 7 de enero de 1988); y en parecidos términos también se pronuncian, entre otras muchas, las SSTS de 24 de julio y 10 de octubre de 2000, 1 de diciembre de 1997, 26 de febrero de 1996, 17 de mayo de 1995 y 14 de noviembre de 1994” (STS de 27-2-2004).*

En los supuestos de acciones de nulidad aliud pro alio las partes pueden optar por la resolución del contrato o, en su caso, por la aminoración del precio pactado. Así el Supremo en un supuesto de compraventa de negocio ha declarado que: “*la sentencia de instancia reconoce la presencia de vicios ocultos en la cosa objeto de la compraventa (la inadecuación de la instalación eléctrica del establecimiento y la carencia de licencia de apertura por no reunir los requisitos exigidos por la legislación reguladora), pero ambos vicios son de tal envergadura que la hacen impropia para su uso, siempre y cuando no sean reparados, y, en todo caso, es evidente que el recurrente hubiera pagado un menor precio o no la hubiera comprado, por lo que se ha dado lugar a las consecuencias previstas en el artículo 1486 del Código Civil, sin embargo ha impedido al recurrente ejercitar la opción dispuesta en este precepto y no ha acogido la acción de resolución ejercitada preferentemente, sino la instada como subsidiaria – se desestima porque ha quedado sentado en la instancia que los vicios denunciados no hacen impropia la cosa para el uso a que se destina, y que cabe su subsanación, y por ello se ha atendido a la petición subsidiaria de rebajar una cantidad proporcional del precio en función de los defectos denunciados en los términos que se reseñan en la sentencia recurrida” (STS de 22-4-2004).*

Especial referencia al incumplimiento del pacto de no competencia

Los pactos sobre competencia no afectan a la perfección del contrato sino a la asunción por parte del vendedor de no concurrir en el mercado con la misma actividad u otra similar que pueda interferir en el normal asentamiento del comprador en la nueva empresa. Estos pactos deben ser expresamente recogidos en el contrato, normalmente se vincularán a penalizaciones en caso de incumplimiento, y no tienen que ver con el perfeccionamiento del contrato sino con una condición de naturaleza accesoría que, recogida en el contrato, puede determinar incluso su resolución. Este tipo de cláusulas no se deben ventilar en el marco de la Ley de Competencia Desleal sino en el de las concretas cláusulas y condiciones pactadas por los contratantes.

9. ACCIONES CIVILES DE SANEAMIENTO. LA DELIMITACION DE CONTINGENCIAS

a) Saneamiento por evicción

El saneamiento por evicción —artículo 1475 CC— tendrá lugar cuando el comprador haya sido privado de la propiedad de todo o de una parte sustancial de la cosa vendida como consecuencia de que un tercero hubiera reivindicado su mejor derecho respecto

de la cosa vendida. Conforme establece el artículo 1480 CC el saneamiento no podrá exigirse hasta que no haya recaído sentencia firme que condene al comprador a la pérdida de la cosa adquirida. Es decir no bastará:

- a) Ni la constancia de ageridad.
- b) Ni el riesgo de privación.

Además y en un plano estrictamente procesal es necesario que la demanda se haya notificado al vendedor para que pueda adherirse voluntariamente al proceso iniciado por el tercero.

1. **Compraventa indirecta**

En la acción de saneamiento por evicción el comprador de las acciones como norma general sólo podrá exigir al vendedor el reintegro del precio, sólo en los supuestos en los que se acredite mala fe podrá solicitar la indemnización por daños que excedan de los gastos del contrato (art. 1478.5º CC). Si la evicción fuese parcial podrá reclamarse la resolución total o parcial de la compraventa en función de que la parte saneada fuera o no sustancial.

Si la compraventa de una empresa se instrumentaliza por medio de la compraventa de acciones el hecho de que determinados activos de la compañía puedan verse afectados por la evicción no determinará que el comprador tenga derecho a saneamiento por evicción ya que el objeto inmediato de la compraventa no habrán sido esos activos sino las acciones —en este sentido se manifiesta la doctrina y advierte que este tipo de acciones son poco usuales y poco útiles en la compraventa de compañías²¹.

2. **Compraventa directa**

Quando se vende de modo directo una compañía con todos sus activos y pasivos es de aplicación el artículo 1532 del Código civil que establece que *“el que venda alzada-mente o en globo la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos, cumplirá con responder de la legitimidad de todo en general; pero no estará obligado al saneamiento de cada una de las partes que se compongan, salvo en el caso de evicción del todo o de la mayor parte”*.

b) **Saneamiento por vicios ocultos. Las cláusulas de salvaguarda**

El Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de definir el concepto de vicio oculto partiendo del objeto del contrato, de la adecuación o inadecuación para el uso a que se destinó la adquisición. Así la STS de 3-3-2000 de modo general considera que: *“los objetos de venta en su naturaleza y propiedades no se encuentran mermados por vicio afectante a la cosa vendida, hasta suscitar la responsabilidad del vendedor como dispone el artículo 1484 del Código Civil, lo conociera o no quien vende, viene entendiéndose aquel defecto o imperfección que la hace inapropiada para el uso que por naturaleza le es propio o que disminuye este uso con clara referencia a su utilidad expresamente —sin vaguedades ni generalidades— establecida en el contrato como causa precisa de su celebración, amplitud conceptual que va más allá del concepto vulgar de vicio”*.

Como criterio general el Tribunal Supremo ha entendido que *“para merecer tal consideración se requiere que el mismo no haya podido trascender y por lo tanto ser*

²¹ Así Carrasco Perera en la obra citada.

conocido o ser objeto de percepción por el comprador (Sentencias de 31 de enero de 1970, 14 de marzo de 1971 y 29 de junio de 1988)” (citados por la STS de 24-2-2006), esta misma sentencia advierte que “La disposición contenida en el artículo 1484 del Código Civil relativa al saneamiento por vicios ocultos, requeriría que los vicios no pudieran ser fácilmente apreciados por el comprador en razón a sus particulares conocimientos o singular notoriedad y anteriores relaciones mantenidas por los contratantes (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1976)”.

Sobre este concepto subjetivo de vicio oculto la doctrina —Carrasco Perera— que analiza el alcance de la acción por vicios ocultos en la adquisición de empresas considera posible amparar al vendedor tanto en los supuestos de defecto oculto de la cosa como en aquellos otros supuestos en los que se detecta una falta de las cualidades aseguradas por el vendedor “pues la destinación de la misma según criterios subjetivos permite considerar como parte de este destino a las cualidades aseguradas y garantizadas por el comprador, aunque objetivamente no sean cualidades propias de la cosa que es objeto de la compra”.

El ejercicio de la acción de saneamiento por vicios ocultos plantea algunos problemas prácticos:

a) El plazo para su ejercicio es reducido y además es de caducidad —artículo 1490 CC—, 6 meses desde la entrega de la cosa vendida, a efectos de la determinación de la entrega debe tenerse como tal la efectiva puesta a disposición del comprador, no la tradición ficticia²². Se trata de un plazo civil, no procesal, por lo tanto se computa mes a mes sin exclusión de los días inhábiles (así STS de 28-9-2000).

b) La indemnización de daños y perjuicios sólo será posible si el vendedor actuaba de mala fe, es decir, si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa. En el caso de que no se aprecie mala fe el comprador sólo puede optar (art. 1486 CC):

- i. Por desistir del contrato con reintegración de las cantidades abonadas.
- ii. Rebajar la cantidad satisfecha de modo proporcional a juicio de peritos.

Advierte Carrasco Perera que el ejercicio de las acciones edilicias suele beneficiar más al vendedor que al comprador no sólo por el corto plazo para la interposición de la demanda sino también por los efectos del artículo 1484 CC que indica que el vendedor no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos.

El propio artículo 1486 del Código civil permite o del desistimiento del contrato —que determina la devolución de los gastos que pagó— o la acción “*quanti minoris*” —rebajando el precio en una cantidad proporcional al precio, a juicio de peritos, aunque en el supuesto de compraventa de negocio el propio Tribunal Supremo —STS de 22-4-2004— a permitido que el juez calibre la cantidad a reducir sin necesidad de prueba de peritos rebajando los gastos o conceptos que considera probados.

Respecto de la acción *quanti minoris* debe tenerse en cuenta que no es una acción con finalidad indemnizatoria, sino de restablecimiento de la equidad contractual (STS de 25-9-2003), por lo que no se reconoce el derecho a percibir una indemnización complementaria (STS de 14-6-1996).

Estas limitaciones han determinado que tanto la doctrina como la jurisprudencia hayan considerado más útil que la acción de saneamiento por evicción la de incumplimiento contractual cuando la contingencia o vicio fuera de tal trascendencia que pudiera considerarse que existe la entrega de una cosa objetivamente distinta de

²² Así la STS de 6-11-1995: “el artículo 1490 del Código Civil, cuando dice que los seis meses del plazo de caducidad de las acciones edilicias a que se refiere se contarán «desde la entrega de la cosa vendida», pues dicha entrega sólo puede ser la real y física (no la «ficta» o la instrumental), ya que ella es la única que posibilita el que el comprador, a través del contacto inmediato y físico con la cosa comprada, pueda comprobar «de visu» si ésta adolece o no de algún vicio oculto”.

la prometida. El Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de declarar la compatibilidad entre acciones edilicias y acciones generales por incumplimiento²³.

Al abordar el Tribunal Supremo (STS de 30-6-2000 que analiza la venta por parte del Estado de una sociedad que formaba parte del Grupo Rumasa) las contingencias o vicios ocultos que debe cubrir la acción por saneamiento advierte que: *“los vendedores han de ser veraces en la aportación que efectúan al contrato de las realidades tanto materiales, como jurídico y administrativas que afectan a las cosas o bienes que trasmiten (S. de 8 junio 1994)”*. Es decir, quedan cubiertas contingencias materiales, jurídicas —procedimientos pendientes— y administrativas.

Aunque el Tribunal Supremo en la sentencia de referencia hace mención al saneamiento por vicios ocultos lo cierto es que se trata de una acción por incumplimiento. En cuanto a los vicios ocultos el Supremo indica que: *“El saneamiento por vicios ocultos que el artículo 1484 impone al vendedor, se proyecta directamente a la cosa específica enajenada, que adolece de defectos o imperfecciones desconocidas por el comprador”*.

El principio de libertad de pactos recogido en el artículo 1255 del Código civil determina que las partes incluyan en el contrato “cláusulas de salvaguarda”, es decir, fijen en este tipo de contrato que la aparición de determinadas contingencias podrán suponer:

- a) la resolución del contrato, o
- b) la asunción de las mismas por parte del comprador o del vendedor según los supuestos.

Las cláusulas de salvaguarda tienen por objeto mantener un equilibrio entre las prestaciones recíprocas entre los contratantes (STS de 18-12-1999).

El Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de analizar en varias ocasiones este tipo de cláusulas y así en STS de 11-7-2000 respecto de una cláusula en la que se recogía que eran por *“cuenta del vendedor cualquier contingencia sustancial que pudiera aparecer con posterioridad a la fecha del mismo y referida a actos o hechos anteriores a la fecha de la escritura”*. Se trataba de una compraventa de acciones en la que tras la venta habían surgido dos contingencias:

²³ Así la STS de 3-2-1986 cuando declara que: *“Este motivo plantea así el dificultoso tema de la concurrencia de las acciones edilicias con las acciones generales o lo que es igual si la existencia de aquéllas en el caso cierra el paso a la de otras o si por el contrario existe en favor del comprador la posibilidad de optar y aun la de acumular su ejercicio siempre, claro está, que se den en el caso los respectivos presupuestos de las acciones que se ejerciten. La Jurisprudencia de esta Sala muy genéricamente declaró en su sentencia de seis de mayo de mil novecientos once que las disposiciones del Título I del Libro IV del Código Civil, y principalmente las contenidas en el Capítulo 1.º que lleva por epígrafe «Disposiciones generales», son aplicables a toda la materia contractual a no ser que disposiciones especiales reguladoras del contrato de que se trate estén en oposición con aquéllas, en cuyo caso, a las especiales hay que atenerse exclusivamente; entendiéndose que no existe incompatibilidad entre las acciones edilicias y el artículo 1101 en relación con el 1103 y 1104; habiendo además, a partir de la sentencia de primero de julio de mil novecientos cuarenta y siete y las que allí se citan hasta las más recientes de veinte de febrero y tres de abril de mil novecientos ochenta y uno, veintitrés de marzo y primero de junio de mil novecientos ochenta y dos y diecinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro, entre otras muchas, admitida la aplicación al contrato de compraventa, no estorbándolo el régimen de las acciones edilicias, de los artículos 1101 y 1124 en función del 1.461. Tampoco faltan sentencias que admiten la concurrencia con las edilicias de las acciones nacidas de error sustancial o dolo, como la de diecinueve de abril de mil novecientos veintiocho, llegando a decir la de seis de junio de mil novecientos cincuenta y tres recaída en un caso de error que la voluntad racional y consciente es la esencia del acto jurídico que puede estar afectado en su formación por un vicio que excluya o disminuya sus características de inteligencia o discernimiento y tal es el error, que anula el consentimiento en virtud del principio general que sienta el artículo 1.265 y que explica el siguiente 1266 y sin que pueda ser obstáculo para la declaración de nulidad la posibilidad del ejercicio de otras acciones por parte del comprador, como la que en su favor reconoce el artículo 1.486, «pues ningún precepto de nuestro Código excluye la concurrencia de la acción de impugnación por error con las que se derivan de otros artículos, cuya elección corresponde a aquél a quien asisten»; sin que se explique satisfactoriamente cómo puede mantenerse el contrato cuando se demuestra la falta del consentimiento racional o consciente que es su esencia, caso del presente recurso; máxime que las acciones edilicias se hallan sujetas al breve plazo de caducidad del artículo 1490 que las hace inadecuadas para casos como el presente, análogo al que contempló la sentencia de cuatro de enero de mil novecientos ochenta y dos; procediendo, en suma, reiterar este cuerpo de doctrina presidido por la flexibilidad y animado por la prudencia y que aparece ajustado a las garantías debidas al adquirente de buena fe y a la tradición de los Códigos latinos que siguieron, como el nuestro, la inspiración francesa”*.

1. *la primera en relación con los créditos considerados incobrables, habiendo una diferencia entre la suma prevista en el Balance de 30 de noviembre de 1990 incorporado a la escritura de 5 de febrero de 1991 y la auditada a fecha 31 de diciembre de 1990 de 25.094.598 ptas., y*

2. *la segunda en relación con la depreciación de existencias en la que se aprecia una diferencia entre la suma provisionada y la real auditada de 25.138.366, lo que supone un total de 50.232.964 ptas. que es la cantidad reclamada, por disminución del valor patrimonial de la empresa.*

El Tribunal Supremo partiendo de una resolución en la que se afrontaba una cuestión similar (STS de 18-12-1999) declara que: *la existencia de la contingencia (previsión insuficiente de la cantidad relativa a insolvencias) y se considera sustancial (diferencia de 24.647.832 ptas.), por lo que se entiende aplicable la llamada cláusula de salvaguarda, concertada entre los contratantes a tenor de la libertad contractual recogida en el artículo 1255 del Código Civil, al producirse un cambio importante en las circunstancias contempladas en el contrato. Esta apreciación resulta suficiente argumentación para estimar la pretensión actora, que se funda en una cláusula contractual absolutamente clara (art. 1281, párrafo primero, del Código Civil), y cuyos efectos vinculan a las partes en virtud de la obligatoriedad de lo pactado (arts. 1091, 1255, 1256, 1258 y 1278 del Código Civil), sin que por lo demás, obste a la consideración de «contingencias», el hecho de que los conceptos litigiosos respondan a cálculos estimatorios, pues cuando la estimación efectuada resulta desproporcionada (sustancial) en relación con la realidad, es evidente que está comprendida en la previsión contractual, aunque no haya existido engaño o mala fe en la estimación efectuada”.*

A la vista de esta jurisprudencia parece necesario que la cláusula de salvaguarda sea clara y que la contingencia sea sustancial, que determine un cambio importante en las circunstancias contempladas en el contrato, siendo posible la apreciación de la contingencia en base a cálculos estimatorios siempre y cuando conforme a esos cálculos se aprecie desproporción entre la realidad y los datos, elementos y circunstancias recogidos en el contrato.

El Tribunal Supremo (STS de 18-12-1999) para determinar el alcance de la contingencia ha considerado que aunque se hubiera fijado en el contrato una previsión contablemente correcta, es decir, conforme a las normas del Plan General de Contabilidad se hubieran establecido unas provisiones determinadas respecto de los incobrados, si en la realidad esos incobrados, esa previsión de insolvencias, hubiera sido sensiblemente superior a la prevista al amparo del Plan General de Contabilidad debe operar la cláusula de salvaguarda pactada y condenar al vendedor al pago de la diferencia entre la cantidad inicialmente provisionada y la realmente advertida²⁴.

²⁴ En el supuesto referido en los autos el Supremo declaraba que: *“pues habiéndose previsto (aunque de forma contablemente correcta) unos impagos de 15.216.168 pesetas, en la práctica, y transcurrido el período de tiempo necesario para comprobarlo, ha supuesto 39.864.000 pesetas, lo que ha implicado una diferencia, entre lo previsto en el contrato y lo acaecido en la realidad de 24.647.832 pesetas, cantidad de suficiente entidad, para estimar que la contingencia es sustancial y suficiente, para la aplicación de la llamada cláusula de salvaguarda”.*

INTERNACIONAL

COSTA RICA: El TLC y la mutilación del Estado

Walter ANTILLON

I. EN GENERAL

Los Estados centroamericanos y República Dominicana firmaron en agosto de 2004 un tal 'Tratado de Libre Comercio' con Estados Unidos que en inglés se titula "Central America —Dominican Republic free trade agreement" (que en adelante citaremos por sus siglas: CAfta-DR, para recordar que en Estados Unidos no es un 'tratado' sino un acuerdo: 'agreement' con rango inferior a la normativa municipal norteamericana.

Dicho instrumento obedece a un modelo estrenado en 1994 con el nombre de NAfta (Estados Unidos, Canadá, México) dividido en tres partes principales: desgravación arancelaria; inversiones; patentes y marcas, de las que la segunda es, con mucho, la principal. Al punto de que, como ha sido dicho con acierto, el objetivo real del convenio es eliminar los obstáculos institucionales para que el inversionista norteamericano acceda a y pueda disponer fácil y rápidamente de los recursos materiales y humanos de nuestros países. Lo dijo el Secretario de Estado Colin Powell dirigiéndose a sus compatriotas empresarios, a propósito del proyectado ALCA:

"Nuestro objetivo con el ALCA es *garantizar a las empresas norteamericanas el control de un territorio que va del Polo Artico hasta la Antártica: libre acceso, sin ningún obstáculo o dificultad, para nuestros productos, servicios, tecnología y capital en todo el Hemisferio*" (el texto en cursiva es mío).

De la profusión de los temas que trata el CAfta-DR, nos limitaremos al de las alteraciones estructurales y funcionales que produce en menoscabo del Estado costarricense.

II. ALTERACION DE LA CONSTITUCION MATERIAL DEL ESTADO

El texto del CAfta-DR no contiene explícitamente ninguna reforma de la organización política del Estado costarricense; pero una vez aprobado, necesariamente se producirá en el plano de la realidad una fortísima tendencia (favorecida por las fuerzas políticas, nacionales e internacionales, que apoyan dicho convenio) a la mediatización y menoscabo de las instituciones jurídicas del Estado costarricense, como resultado específico de la ingerencia orgánica y funcional —así legalizada— de la Comisión de Libre Comercio, y de los pseudos-tribunales del CIADI y el UNCITRAL. ¿Cuáles instituciones del Estado experimentarían esos efectos? Todas, pero aquí me limitaré a las básicas: Asamblea Legislativa, Poder Ejecutivo y Poder Judicial.

1. La potestad legislativa

El pueblo de Costa Rica es titular directo del poder soberano, y lo ejerce sin mediaciones a través del referéndum y la iniciativa popular (artículo 9 y concordantes de la Constitución); pero en cuanto dicho poder asume la forma de potestad legislativa

ordinaria, el pueblo lo delega —sin renunciar a él— en un colegio representativo llamado Asamblea Legislativa (artículo 105 *ibídem*). Dicho poder, consagrado en el artículo 121, inciso 1), y regulado en el 123 y siguientes de la Constitución, es, con mucho, la más alta potestad conferida a dicha Asamblea, y una de las manifestaciones supremas de la soberanía popular; porque mediante su ejercicio se lleva a efecto las innovaciones normativas necesarias para el desarrollo de la vida dentro del Estado, en el rumbo soberanamente elegido por la comunidad costarricense. Dice entonces el inciso 1) del artículo 121 constitucional:

“...Artículo 121: Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:

1) Dictar las leyes, reformarlas, derogarlas y darles interpretación auténtica.”

Esta función exclusiva de la Asamblea, esencial en un Estado organizado bajo el sistema de derecho escrito que la doctrina define precisamente como promulgación, modificación y derogación de actos provistos con eficacia normativa, ha sido y es todavía, por el carácter primario que históricamente se le ha atribuido, la llamada a renovar y mantener el sistema de las normas del Estado a tono con las exigencias de la vida de la comunidad nacional.

Porque, en efecto, en todos los países de derecho escrito (incluida Costa Rica) las leyes han sido históricamente los ladrillos con los que está construido el edificio del sistema jurídico estatal, y por eso su mantenimiento ha sido confiado a la asamblea de los representantes de la soberanía popular, considerada justamente en América Latina como el ‘primer poder de la República’.

Por su parte, los tratados internacionales hasta hace cuarenta años en Costa Rica eran considerados excepcionales como integrantes de dicho sistema, y tenían el mismo rango que las leyes que los aprobaban; pero la reforma del artículo 7º de la Constitución, llevada a cabo en 1968 para abrir camino a la integración del Istmo, les confirió rango superior a las leyes. Lo cual no hubiera sido grave si hubiéramos continuado enfrentándonos a tratados internacionales generalmente de contenido breve y de importancia secundaria; pero el hecho de que ahora tengamos que habérmolas con tratados elefantiásicos, cuya aprobación incorporaría miles de normas nuevas que irrumpen como derecho vigente en todos los ámbitos del sistema jurídico nacional y que, además, gozan de rango superior a nuestras leyes ordinarias, plantea a nuestro país problemas de extrema gravedad.

El artículo 1.1 del CAfta-DR se propone establecer un área de libre comercio: suma de los territorios de los Estados de Centroamérica, la República Dominicana y los Estados Unidos; el artículo 1.2 enumera los objetivos (expansión y diversificación del comercio, circulación de mercancías y servicios, competencia, inversión y propiedad intelectual; procedimientos de aplicación y administración del Tratado y solución de controversias); en los Capítulos 3 a 17 inclusive se trata, por su orden, de aranceles, reglas de origen, aduanas, medidas sanitarias, obstáculos técnicos, defensa comercial, contratación pública, inversiones, servicios en general, servicios financieros, telecomunicaciones, comercio electrónico, propiedad intelectual, trabajo y ambiente; en el Capítulo 18, bajo el nombre de ‘Transparencia’ se adopta reglas comunes para la comunicación de la promulgación de normas y el trámite de procedimientos administrativos internos; y reglas contra la corrupción.

Dentro del Capítulo 19 (administración del Tratado y creación de capacidades para el comercio), los artículos 19.1.2 (c), y 19.1.3 (b) y (c), en relación con los arts. 3.3 y 4.21 y los anexos 4.1 y 9.1.2 (b) crean un órgano colegiado, *superpartes*, de carácter permanente, que recibe el nombre de *Comisión de Libre Comercio* y le asignan su estructura y sus funciones de administración general con amplias facultades de supervisar la ejecución y el ulterior desarrollo del Tratado, dirimir conflictos de interpretación y aplicación del mismo y, en fin, *conocer de todo asunto que pudiere afectar su funcionamiento*: Artículo 19.1.2 (a) (b) (c) y (e). Y pongo como ejemplo de la

amplitud y flexibilidad de las atribuciones de la Comisión, en su condición de órgano *superpartes*, lo dispuesto en el inciso c) del citado Artículo 19.1.2 en relación con el inciso e) del Artículo 19.1.3:

“Artículo 19.1.2 : La Comisión *deberá*:

c): buscar resolver las controversias que pudiesen surgir respecto a la interpretación o aplicación de este Tratado...”

“Artículo 19.1.3: La Comisión *podrá*...”

e): adoptar cualquier otra acción para el ejercicio de sus funciones según acuerden las Partes...”

Entonces vemos aquí a la Comisión asumiendo el papel de árbitro en las disputas surgidas entre los Estados parte, para lo cual haría valer su potestad hermenéutica del texto del CAfta-DR, y adoptar cualquier otra acción que estime conveniente.

Pero lo que más me interesa destacar son ciertos poderes que, para asegurar los objetivos propuestos, el CAfta-DR atribuye a la Comisión en el artículo 19.1.3, que transcribo literalmente:

“Artículo 19.1.3. La Comisión *podrá*:

- a) establecer y delegar responsabilidades en comités y grupos de trabajo;
- b) modificar, en cumplimiento de los objetivos de este Tratado:
 - i) las listas de desgravación sujetas al Anexo 3.3 (desgravación arancelaria, a fin de acelerar la reducción arancelaria);
 - ii) las reglas de origen establecidas en el Anexo 4.1 (Reglas de Origen específicas);
 - iii) las Directrices Comunes referidas en el Artículo 4.21 (Directrices Comunes);
 - iv) los Anexos 9.1.2 (b)(i), 9.1.2 (b)(ii) y 9.1.2 (b)(iii) (Contratación Pública);
- c) emitir interpretaciones sobre las disposiciones de este Tratado;
- d) solicitar la asesoría de personas o grupos sin vinculación gubernamental; y
- e) adoptar cualquier otra acción para el ejercicio de sus funciones según acuerden las Partes...”

En lo que atañe a la hermenéutica del Tratado, vemos que la Comisión tiene un papel decisivo: es el órgano con la potestad exclusiva de interpretar toda la normativa, sustancial y procesal. Así lo establece el artículo 19.1.3 en su inciso “c”, citado líneas arriba, y que copio de nuevo para mayor claridad:

“Artículo 19.1.3 : “...La Comisión *podrá*:

c) emitir interpretaciones sobre las disposiciones de este Tratado...”

Con base en dicha regla la Comisión producirá interpretaciones vinculantes acerca del sentido y esfera de aplicación de los textos del CAfta-DR y otros, tanto en términos abstractos (19.1.3) como casuísticamente (19.1.2), lo cual significa que está llamada a influir poderosamente, tanto en el desarrollo general del Tratado como en el contenido de las resoluciones que dicten sus tribunales. En realidad, creo que en la intención del CAfta-DR se trata de que la Comisión produzca una interpretación más penetrante que la que nuestros códigos procesales atribuyen a las Salas de Casación, porque según los artículos 10.22.3 y 10.23.2, la interpretación que decida hacer la Comisión de Libre Comercio acerca del sentido y alcance de las disposiciones del Tratado, en abstracto o para un caso particular:

“Artículo 10.22.3 “...será obligatoria para un tribunal que se establezca de conformidad con esta Sección, y toda decisión o laudo emitido por el tribunal deberá ser compatible con esa decisión...”

Y cuando interprete los Anexos I y II (medidas disconformes), también esa interpretación:

“Artículo 10.23.2 “...será obligatoria para el tribunal y cualquier decisión o laudo emitido por el tribunal deberá ser consistente con esa decisión...”

A la vista de este amplísimo poder de interpretar que el CAfta-DR le otorga a la Comisión, habría que concluir que nuestra Asamblea Legislativa vería mermada la potestad de interpretación auténtica que le reconoce el artículo 121, inciso 1) de la Constitución Política, pues la misma se limita a la ley ordinaria, y las innumerables y abarcadoras cláusulas del CAfta-DR, que tienen rango superior a la ley, no estarían en ningún caso al alcance de la Asamblea.

Ello nos muestra claramente la emergencia real y efectiva de un órgano nuevo en la estructura del Estado costarricense (la Comisión de Libre Comercio) dotado de una potestad hermenéutica exclusiva sobre las disposiciones del CAfta-DR (las cuales, de aprobarse este Tratado, pasarían a ser derecho interno costarricense, con rango superior a la ley ordinaria) y sobre la importantísima y numerosísima legislación nacional recogida en dicho Tratado en calidad de “medidas disconformes”.

Ergo, sin que se modifique una coma en el documento de nuestra vigente Constitución, *estaríamos ante un nuevo órgano superior en el plano de la realidad institucional de Costa Rica, que es el plano de la Constitución material.*

Pero analicemos ahora la potestad de creación normativa directa que el CAfta-DR le otorga a la Comisión de Libre Comercio en el inciso (b) del citado Artículo 19.1.3.

Porque, en efecto, según el texto citado, en cumplimiento con los objetivos del tratado la Comisión tiene la potestad de modificar:

- i) Las listas de desgravación arancelaria previstas en el Anexo 3.3, con el objetivo de acelerar la reducción arancelaria. Lo cual significa que en la crucial materia de las desgravaciones la Comisión podría cambiar totalmente las reglas fijadas según el estado de cosas convenido inicialmente al suscribirse el Tratado.
- ii) Las reglas de origen contenidas en el Anexo 4.1, en relación con los artículos 4.1, 4.2 y concordantes, en cuya virtud se decide acerca de la posibilidad o no de aplicar trato nacional y desgravaciones a las mercancías dentro del área.
- iii) Las directrices comunes acordadas y publicadas por las partes para la interpretación, aplicación y administración del Capítulo 3 (trato nacional y acceso de mercancías al mercado), en lo que se refiere a las ‘reglas de origen’, y el Capítulo 4 (reglas y procedimientos de origen).
- iv) Las normas que fijan el contenido de los Anexos del Capítulo 9 (contratación pública), en lo que se refiere a las listas de las entidades contratantes de cada país, y las listas de las mercancías y de los servicios susceptibles de contratación por parte de aquellas entidades

Como podemos apreciar de lo anterior, la Comisión goza de amplios poderes para cambiar las normas establecidas en los campos arriba descritos, ya sea modificándolas o sustituyéndolas por otras. Es decir, el Tratado ha puesto en manos de la Comisión las facultades suficientes para realizar la función de predisposición normativa dentro del Área de Libre Comercio, con efectos directos dentro de los sistemas normativos de los países miembros: las correspondientes decisiones de la Comisión son fuente de producción normativa de rango superior a la ley, con vigencia en el territorio de Costa Rica; lo que confiere al mencionado ente la condición de órgano legislativo en el plano de la realidad institucional de Costa Rica, que es el plano de la Constitución material.

2. El poder ejecutivo

A los órganos encargados del ejercicio del poder ejecutivo (es decir, al Presidente y al respectivo Ministro) les corresponde el deber y la atribución de:

“Sancionar y promulgar las leyes, reglamentarlas, ejecutarlas y velar por su exacto cumplimiento” (art. 140, inciso 3, de la Constitución).

Y aunque no aparece entre sus tareas la de reglamentar los tratados internacionales, sí le competen, a fortiori, los deberes de ejecutarlos y velar por su cumplimiento, en cuanto dichos tratados son fuentes de normas superiores vigentes en el territorio de los Estados parte. Pero aunque el CAfta-DR estatuye normas que interesan en muchos campos la competencia de diferentes órganos y servicios de la Administración Pública: aduanas (cap. 5), Ministerio de Agricultura y Ganadería (cap. 6), Ministerio de Economía (cap. 8), otros ministerios, instituciones autónomas, municipalidades (cap. 9); comercio exterior (cap. 10); comercio de servicios (cap. 11), servicios financieros (cap. 12), telecomunicaciones (cap. 13), comercio electrónico (cap. 14), propiedad intelectual (cap. 15), trabajo (cap. 16), ambiente (cap. 17), etc., lo cual significará para la Administración Pública central y descentralizada la asunción de numerosos y complejos deberes adicionales, una de sus esferas más debilitadas podría ser la del ejercicio de su potestad reglamentaria, que deberá sortear el riesgo de colisionar en algún aspecto con la imponente masa de normas proveniente de las cláusulas del CAfta-DR.

En todo caso, en relación con la política de Comercio Exterior cuyo titular es el Poder Ejecutivo (el Presidente y el Ministro del ramo), es evidente que dicha política ha quedado subordinada a lo que disponga en materia la Comisión de Libre Comercio, siendo que ésta última, *en el plano de la Constitución material, se ha convertido en el órgano principal de la política comercial internacional de Costa Rica* en lo que atañe a la “Zona de Libre Comercio” creada por el CAfta-DR; y además se constituye en un órgano de control de nuestra política comercial regional, a tenor de lo que dispone el artículo 1.3.2, que literalmente dice:

“Artículo 1.3. Relación con otros tratados.

2. Para mayor certeza, nada en este Tratado impedirá a las Partes Centroamericanas mantener sus instrumentos jurídicos existentes de la integración centroamericana, adoptar nuevos instrumentos jurídicos de integración, o adoptar medidas para fortalecer y profundizar esos instrumentos, *siempre y cuando esos instrumentos y medidas no sean inconsistentes con este Tratado.*”

3. La “soberanía” judicial

Me parece que hoy nadie discute que ese poder fundamental de los Estados que es la potestad jurisdiccional comprende, como elementos esenciales, las facultades de identificar, interpretar y aplicar las normas jurídicas pertinentes a la solución del caso; ni tampoco discute nadie que en Costa Rica la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en sus funciones de contralor de legitimidad constitucional de los tratados, las leyes y otros actos, y en su función de contralor de conformidad de las leyes a los tratados internacionales, es titular de una potestad jurisdiccional que reúne precisamente dichos elementos; lo cual constituirá un postulado básico en el tratamiento del tema que aquí nos ocupa.

El tema es la potencial contradicción que con la firma del CAfta-DR se ha planteado entre la competencia de la Sala Constitucional y la competencia de la Comisión de Libre Comercio, en lo que hace a la interpretación de dicho Tratado. Obsérvese, además, que la Ley de la Jurisdicción Constitucional no está incluida en la lista de las medidas disconformes de Costa Rica, de modo que cualquier norma de dicha ley resultará derogada por las cláusulas del citado convenio, en lo que se oponga a éstas.

Entonces, la primera cuestión es: una vez aprobado el CAfta-DR ¿cómo conciliar las normas del artículo 10 de la Constitución y del artículo 2, inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, con lo que disponen los artículos 19.1.2 y 19.1.3 (c) y (e) por sí mismos y en relación con los artículos 10.22, 10.23, 12.18 y 12.19 del CAfta-DR, precisamente en lo que atañe a la interpretación del referido convenio?

Porque el artículo 10 constitucional, y el 2, inciso b) de la Ley de la Jurisdicción constitucional disponen (el segundo más ampliamente que el primero) que a la Sala IV, como titular de la jurisdicción constitucional, le corresponde:

“...Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho internacional o Comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad...”

Tenemos aquí que la Sala Constitucional es el órgano competente para controlar: a) la constitucionalidad de las normas de derecho internacional incorporadas al ordenamiento interno por virtud de un tratado; y b) la conformidad de las leyes, decretos y reglamentos con las cláusulas de los tratados internacionales. Y es entendido que, para realizar esas funciones, la Sala tiene forzosamente que *interpretar* la Constitución, los tratados y la legislación ordinaria.

Pero los artículos del CAfta-DR citados arriba atribuyen a la Comisión de Libre Comercio, como órgano titular de la potestad de administrar el Tratado, entre otras, las facultades de “*emitir interpretaciones sobre las disposiciones de este Tratado*” (con carácter vinculante en la solución de controversias) y, en general, de conocer cualquier asunto que pudiese afectar el funcionamiento del mismo.

De tal manera que, de plantearse en la secuela de un proceso ante un panel del CIADI o del UNCITRAL, la contradicción entre una ley costarricense y una cláusula del Tratado que implique la controversia sobre la correcta interpretación de dicha cláusula ¿A cuál órgano le correspondería resolver?

Pero yendo más allá de la mera interpretación ¿a cuál órgano correspondería la competencia para ejercer el control de conformidad de los actos legislativos y administrativos costarricenses con las normas del CAfta-DR? ¿a la Sala Constitucional, a la Comisión de Libre Comercio, a los paneles de resolución de conflictos del CIADI y de UNCITRAL? ¿qué pasaría si el caso se presenta contemporáneamente, por ejemplo, en la Sala IV y en el CIADI?

Creo que del contraste de las reglas citadas, así como de la doctrina dominante del derecho internacional, fuerza es concluir que en la interpretación de las cláusulas del CAfta-DR, para todos los efectos, prevalecería lo que disponga la Comisión de Libre Comercio; y a ello tendría que conformarse la Sala Constitucional cuando, en el ejercicio de la potestad que le atribuyen el artículo 10 de la Constitución y el 2, inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se vea ante la necesidad de aplicar dicho Tratado.

Y entonces cabe preguntar ¿aplicará la Sala Constitucional cláusulas del CAfta-DR según el sentido y alcance que les ha conferido, en vía hermenéutica, la Comisión de Libre Comercio? Ahora bien, despojada de esta manera la Sala Constitucional de la facultad de interpretar los textos normativos ¿podemos decir que sigue siendo titular de la potestad jurisdiccional consagrada en el artículo 10 de la Constitución? ¿podemos seguir afirmando que la Sala es todavía, en tales condiciones, titular del ejercicio supremo del control de constitucionalidad del sistema normativo costarricense?

Tenemos también aquí, *en el plano de la constitución material, pruebas de la presencia y beligerancia de aquel órgano atrás mencionado (la Comisión de Libre Comercio)* con potestades de interpretar de forma exclusiva y vinculante un sector del derecho objetivo costarricense

4. ¿Arbitraje o tribunales atípicos? La trampa

En los últimos años han proliferado los organismos con funciones arbitrales creados por medio de tratados con status de persona jurídica internacional. Tal es, repito, el caso del CIADI, ente adscrito al Banco Mundial cuya función fue al inicio organizar mecanismos arbitrales para la solución de controversias entre sus Estados miembros y las empresas con inversiones en dichos Estados, a petición de ambas partes o de una de ellas, con aceptación expresa de la otra.

En Costa Rica, la Ley número 7727, de 9 de diciembre de 1997, y antes de ella la Ley General de la Administración Pública, prevén la posibilidad de que, al firmar contratos con inversionistas extranjeros, al igual que cualquier otro sujeto jurídico, y habida cuenta de los intereses en juego en cada caso, el Estado costarricense puede pactar una 'cláusula compromisoria', esto es, aceptar que se someta ante un tribunal arbitral internacional únicamente las 'diferencias patrimoniales' que eventualmente surgieren entre ambas partes, según lo que dispone el artículo 43 de la Constitución; y también puede el Estado, según esos mismo textos legales, pactar un 'compromiso arbitral' con vista de un conflicto ya surgido con el inversionista. Estamos, en ambos casos, ante la posibilidad de que el Estado dirima sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, lo cual, por su carácter casuístico y excepcional, no compromete el ejercicio de la jurisdicción nacional dentro del territorio del Estado costarricense.

Pero lo anterior es completamente diferente al caso de que nuestro país, dentro de un convenio internacional con otro Estado, *acepte cláusulas que contengan la renuncia general a la potestad jurisdiccional que le es inherente como Estado soberano*, y que, por ende, consienta en someterse incondicionalmente a una jurisdicción supranacional, a instancia de la contraparte inversionista. Que ello ha sido y es considerado por la doctrina como incompatible con la existencia del Estado soberano nos lo recordaba desde hace muchos años el Profesor Gaetano Morelli (*Derecho procesal civil internacional*; Buenos Aires, 1953), cuando advertía sobre la ilegalidad de una cláusula compromisoria pactada por plenipotenciarios, que habilitara la competencia general de árbitros extranjeros para dirimir conflictos producidos dentro del territorio italiano, porque en tales casos:

“...no se trata simplemente de sustituir la especial competencia del juez a la cognición ordinaria, sino de *excluir abiertamente la competencia de los órganos judiciales italianos en su conjunto...*” (pág. 230)

Pues bien, a partir del momento en que entre en vigencia el CAfta-DR, el CIADI y el UNCITRAL asumirán la función de organizar paneles de expertos facultados para conocer con jurisdicción obligatoria, y dirimir por medio de resoluciones vinculantes, los conflictos que les presenten los inversionistas contra los Estados que los albergan.

Esa función de trámite y resolución de conflictos atribuida por el CAfta-DR a los mencionados pseudo-árbitros del CIADI y UNCITRAL, que no es voluntaria ni intermitente como el verdadero arbitraje, sino permanente y forzosa como el servicio regular de la justicia, implica, desde el punto de vista del derecho costarricense, una ampliación del círculo de los tribunales ordinarios de nuestro país. Y su carácter no arbitral se comprueba ulteriormente por el hecho de que, a diferencia de los laudos arbitrales auténticos, sus fallos son ejecutorios sin necesidad de homologación judicial.

Entonces me parece que, de aceptar nuestro país lo que estatuye el CAfta-DR en materia, el ejercicio del poder judicial dentro del territorio costarricense resultaría seriamente alterado, al 'ampliarse' con las funciones de los órganos creados en dicho acuerdo; y resultaría implícitamente modificada la letra del artículo 152 Constitucional, cuyo texto, para reflejar con exactitud la constitución material, tendría que corregirse con el agregado siguiente:

Artículo 152. El poder judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia, por los demás tribunales que establezca la ley, y por los tribunales estatuidos por el CAfta-DR.

Ese agregado (en cursivas) al artículo 152, representa gráficamente la alteración orgánica que sufriría el sistema judicial costarricense si se aprobara el CAfta-DR. *Estaríamos, también aquí, ante nuevos órganos parajudiciales operando en el plano de la realidad institucional de Costa Rica, que es el plano de su Constitución material.*

III. CONCLUSION

Los tratados internacionales, una vez aprobados por la Asamblea Legislativa, sancionados y debidamente promulgados, pasan a formar parte del sistema normativo interno del Estado, con rango superior a la ley. Y así, de llegar a ser aprobado el CAfta-DR, se convertiría en una nueva, masiva e importantísima fuente del sistema normativo de Costa Rica, con el rango dicho, según lo dispone el primer apartado del artículo 7 constitucional.

Pero ese mismo precepto señala y destaca, dentro del conjunto de dichos instrumentos internacionales, aquellos cuya aprobación debe representar una voluntad inequívoca del pueblo, titular de la soberanía nacional, por determinar cambios en la organización política o merma del territorio estatal. En consecuencia, el segundo apartado del citado artículo 7 dice literalmente:

“...Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o a la *organización política del país*, requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente convocada al efecto.”

Esta regla encuentra directa y clara aplicación en las situaciones que hemos venido comentando, donde existe precisamente un convenio internacional que vulnera la integridad territorial y altera la organización política de Costa Rica, en la medida en que crea un órgano para-legislativo (la Comisión de Libre Comercio) que interfiere en las funciones de la Sala Constitucional; y también en la medida en que crea órganos parajudiciales (los paneles de expertos de CIADI y UNCITRAL) que disputan a los tribunales nacionales de lo contencioso-administrativo la competencia material (que actualmente corresponde a éstos) para tramitar y resolver los procesos planteados por los inversionistas contra el Estado.

Porque, en efecto, *transferir a un nuevo órgano (la Comisión de Libre Comercio) la función de crear, derogar y modificar normas del CAfta-DR que son derecho interno de nuestro país; y atribuir también a dicho órgano la facultad, que la Constitución atribuye a la Sala Constitucional, de interpretar el texto de un convenio internacional ya aprobado (es decir, cuando ya es parte del sistema normativo estatal); y transferir de modo permanente a paneles de expertos del CIADI y del UNCITRAL la potestad jurisdiccional que le corresponde a los tribunales contencioso-administrativos del Estado, en la forma en que claramente aparece en dicho Tratado, significa alterar grave y profundamente la organización política del Estado costarricense*, porque no es otra cosa que crear órganos supranacionales competentes para realizar funciones y resolver cuestiones internas de Costa Rica que, por mandato constitucional, eran de conocimiento de nuestros Poderes Legislativo y Judicial.

De acuerdo con el texto de nuestra Constitución, Costa Rica, al igual que Noruega, Argentina, Suiza, Brasil y tantos otros, continúa siendo un ‘Estado moderno’ en el sentido tradicional del concepto; y *la organización política* de un Estado moderno conlleva de modo esencial la constitución y el funcionamiento, a nivel de la carta política fundamental, pero también a nivel de la praxis, de determinados centros supremos de poder

soberanos e independientes entre ellos (legislativo, ejecutivo y judicial): *la constitución material del Estado es la vida misma de éste (vida en forma y forma nacida de la vida, decía el viejo Heller); y esa vida está presente en la estructura y en la actividad de los poderes: en la legislación no más que en la justicia.*

Porque consagra el orden jurídico-constitucional, porque salvaguarda la vigencia de los derechos humanos contra los abusos de la autoridad, el poder de administrar la justicia del Estado *es, como tal, una potestad política; y la creación y organización de los cuerpos encargados de la administración de esa justicia es una parte de la organización política del Estado.* Los tribunales judiciales son, junto con las ramas ejecutiva y legislativa, centros de poder que la cultura político-constitucional de Occidente ha estimado indispensables para el ejercicio de las auténticas potestades soberanas de dicho Estado, a la que necesariamente deben estar subordinados todos los sujetos radicados en su territorio, incluídos los inversionistas, cualquiera que sea su nacionalidad.

De donde resulta lógicamente que la postulación convencional de órganos supranacionales que concurrirían al ejercicio de todas o alguna de aquellas funciones soberanas es, sin disputa, una gravísima alteración de la organización política del Estado, porque viola la exclusividad del ejercicio de los poderes de éste, y legitima de manera estable y normal la acción y la incidencia, dentro del territorio nacional, de órganos dotados: A) del poder jurídico de emitir interpretaciones vinculantes sobre una importante región del sistema normativo nacional (la Comisión de Libre Comercio); B) del poder jurídico de dirigir la política comercial internacional de Costa Rica, en lo que se refiere al CAfta-DR (Comisión de Libre Comercio); y C) del poder jurídico de dirimir, con exclusión de nuestros tribunales, conflictos surgidos en nuestro propio territorio (los tribunales del CIADI).

Y legitima también la presencia de inversionistas con status de superciudadanos: no sólo provistos con el privilegio de sustraerse a voluntad de la jurisdicción nacional en caso de conflicto con el Estado-parte; sino también con el poder jurídico de arrastrar a éste ante la jurisdicción de aquellos tribunales supranacionales. Esto es: estaríamos dando a los inversionistas extranjeros —con violación del principio constitucional de igualdad, como lo ha dicho certeramente Juan José Sobrado en un escrito reciente— un status y un arsenal jurídico que lo pone por encima del propio Estado.

En consecuencia, por mandato del artículo 7, segundo apartado, de la Constitución Política, el CAfta-DR requeriría necesariamente de la aprobación de la Asamblea Legislativa,

“...por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros...”;

y necesitará, además,

“...De la aprobación de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente convocada al efecto.”

Es conocido que en Costa Rica se organizó y celebró un referéndum que sustituye jurídicamente al acto de aprobación legislativa del convenio. Sin mencionar por ahora el hecho de que tal referéndum está en entredicho, al quedar desvirtuado por las maniobras ilícitas del Gobierno y de la clase empresarial, con la colaboración cómplice de los medios de comunicación y la grosera intromisión de funcionarios de la Administración Bush, resta inconcluso el mandato constitucional, por cuanto no parece haber la menor intención oficial de convocar una Constituyente que culmine el procedimiento con un acto aprobatorio de los dos tercios de sus miembros. *Summum jus, summa injuria.*

¿Delito político o delito común?

A propósito de la providencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, de 11 de julio de 2007

Fernando VELASQUEZ V.

1. EL PARAMILITARISMO Y EL PROCESO POLITICO COLOMBIANO

En el actual contexto planetario de guerras, invasiones, revueltas y atentados terroristas globalizados —recuérdese, por ejemplo, el once de septiembre de 2001 y su réplica de once de marzo de 2004 en España; o para no ir muy lejos: la guerra contra Irak— sobresale, sin duda, la situación de violencia que ha sacudido a Colombia durante las últimas décadas, no sólo por la profunda deshumanización del conflicto observada sino por la gravedad de los crímenes que han perpetrado los bandos en contienda, que han sembrado campos, veredas y ciudades de sangre, dolor y sufrimiento.

Naturalmente, para entender la situación colombiana actual es bueno recordar, a grandes rasgos y corriendo el peligro de incurrir en algunas omisiones, que en los años sesenta del siglo pasado —al calor de la todavía victoriosa Revolución cubana y del auge socialista en la China Popular y en la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas— un incipiente, pero ya consolidado movimiento guerrillero, conformado por agrupaciones alineadas en las diversas direcciones socialistas del momento (FARC, ELN, EPL y el M-19), le hizo creer al mundo que estaba animado por los más nobles ideales de transformación política y social del país, lo cual le granjeó simpatías aquí y allende el océano.

Sin embargo, no sólo la respuesta política y militar del Estado colombiano, que en la práctica patrocinó una oscura campaña encaminada a combatir esas agrupaciones valiéndose de todo tipo de recursos (recuérdese el exterminio de los miembros y dirigentes de la Unión Patriótica, movimiento creado como consecuencia de las negociaciones de paz entre las FARC y el Gobierno de Belisario Betancur: 1982-1986), sino el ingreso de grandes sumas de dinero provenientes del secuestro, la extorsión y el tráfico ilegal de drogas —que antes capitalizaron en su propio beneficio grupos privados de delincuencia organizada, a lo largo y ancho del país—, etc. posibilitaron que tales propósitos se perdieran del horizonte ideológico. Los movimientos disidentes se fortalecieron política, económica y militarmente, al copar espacios importantes del territorio en los que se impusieron a sangre y fuego, hasta alcanzar su máxima expresión a finales de los noventa con el cambio de milenio.

La respuesta del Estado y de las comunidades no se hizo esperar: a mediados de década de los noventa (cfr. Decreto 356 de 1994), irrumpieron en el escenario y surgieron, con amparo legal, las agrupaciones de ciudadanos llamadas “*convivir*”, a partir de las que se gestaron —al fracasar ese intento de organización ciudadana— nuevos grupos armados, esta vez de extrema derecha, con el apoyo de algún sector de la clase política y del aparato productivo, entre otros, para dar lugar a lo que en el argot colombiano se ha llamado el “paramilitarismo” (en 1997 se crean las llamadas AUC o Autodefensas Unidas de Colombia) que, en un comienzo, surge como respuesta y replica al accionar de los grupos pretendidamente revolucionarios, pero que pronto extiende sus tentáculos como un pulpo gigante por gran parte del territorio mediante la puesta en escena de mecanismos de control y amedrentamiento, a través de la comisión de los más atroces

crímenes contra el derecho internacional humanitario, todo con el pretexto de imponer a como dé lugar —lo mismo que sus adversarios— su proyecto político y militar.

Así las cosas, mientras el nueve de noviembre de 1989 el muro de Berlín se derrumbaba y el mundo presenciaba atónito no sólo la disolución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y, como un castillo de naipes, todo el imperio socialista, incluidos los profundos cambios en la dirección de la República Popular China, como si nada hubiese pasado en el planeta, Colombia emprendió el camino de desangrarse en medio de una lucha frontal entre los opositores supuestamente influidos por las ideas que hacían agua y quienes decían defender los intereses del Estado. Por ello, los años noventa, una vez fracasó el experimento de las llamadas *convivir*, el país asiste a un fortalecimiento y consolidación de dos bandos de contendientes en todos los planos.

Así mismo, los Estados Unidos —el gran vencedor tras el derrumbe del Muro de Berlín, al dar un paso adelante en la llamada «guerra contra las drogas»—, a través de la Administración Clinton, diseña el llamado “Plan Colombia” (1999) que se puso en marcha en nuestro país mientras fracasaban las negociaciones de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), gestiones lideradas por el Presidente Pastrana Arango (1998-2002); de esta forma ingentes recursos económicos, humanos, técnicos y logísticos oxigenaron a las Fuerzas Militares y de Policía colombianas, como parte del componente militar de este diseño, con lo que la injerencia de la potencia del Norte en los asuntos internos del país se tornó todavía más expedita.

En el 2002 —con la bandera de la lucha frontal contra las organizaciones guerrilleras y so pretexto de introducir la llamada “Seguridad Democrática”, luego del fracasado proceso de paz—, asciende al poder el Presidente Uribe Vélez (reelecto en 2006), bajo cuyos dos mandatos el Estado ha retomado el control de grandes zonas del territorio nacional lo que ha obligado al necesario repliegue de las otrora guerrillas, ahora convertidas en poderosos grupos delincuenciales organizados que nada quieren saber del diálogo civilizado ni, mucho menos, de la paz.

En este contexto, el actual gobierno promueve un Proyecto de Ley de Justicia y Paz que es aprobado con algunas leves variantes por el órgano legislativo (Ley 975 de 2005), encaminado a oficializar el ya iniciado proceso de paz con los actores en conflicto pero que, a decir verdad, sólo ha servido para que una parte más o menos significativa de los llamados grupos paramilitares —aunque también es innegable que algunos integrantes de la guerrilla se han desmovilizado— se reincorporen a la vida civil y sus cabecillas más destacados se sometan a la Justicia, con la promesa de recibir a cambio diversos beneficios entre los que se deben mencionar unas penas alternativas de poca gravedad —entre cinco y ocho años—, a condición de que confiesen sus atrocidades y reparen a las víctimas.

Con tales miras, justamente, esa Ley asimiló a los combatientes vinculados con esos grupos a “sediciosos” (cfr. art. 71¹) pero, pronto, por vicios de forma, la disposición correspondiente fue declarada inconstitucional aunque la ley en su conjunto obtuvo el respaldo de la Corte Constitucional que la encontró ajustada a la Carta Fundamental. Esa norma, pese a que —como se dirá luego— iba en contravía de la teoría del delito político, fue aplicada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, incluso después de la declaratoria de inexecutable², con el argumento, constitucionalmente previsto y admisible, de que era una normatividad más favorable.

¹ Dice así: “Artículo 71. *Sedición*. Adiciónase al artículo 468 del Código Penal un inciso del siguiente tenor: También incurrirá en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de auto-defensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. En este caso, la pena será la misma prevista para el delito de rebelión. Mantendrá plena vigencia el numeral 10 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrito en Viena el 20 de diciembre de 1988 e incorporado a la legislación nacional mediante Ley 67 de 1993”.

² Confróntese Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 18 de mayo 2006; las razones se resumieron por ese organismo, así: “En suma, con el trámite impartido a los artículos 70 y 71 de la Ley 975/05 se desconoció el principio de consecutividad, ya que como resultado de la indebida tramitación de la apelación presen-

2. EL ASUNTO DEBATIDO

No obstante, en virtud de inocultables disputas de índole política de las que no han estado ausentes los más altos organismos que administran Justicia así ellos pretexten lo contrario, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de manera abrupta, cambió su jurisprudencia al respecto, tal como se evidencia con la expedición del auto de once de julio de 2007, radicado: 26945, del que se ocupa este escrito. En la susodicha decisión ese organismo —al conocer en segunda instancia de una solicitud para que se cesara todo procedimiento, formulada por parte de un integrante de un grupo paramilitar desmovilizado, procesado por porte ilegal de armas y concierto para delinquir, a quien la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Antioquia, en primera instancia, negó esa petición—, se abstuvo de aplicar no sólo el citado artículo 71 sino el 69³ de la ley 975 de 2005 o “Ley de Justicia y Paz” amén del artículo 24⁴ de la Ley 782 de 2002 (que posibilita poner fin a la actuación en contra de delincuentes políticos desmovilizados cuando se den ciertos supuestos).

3. LA NOCION DE DELITO POLITICO

3.1. Cuando se alude a este concepto se piensa, de forma automática, en la distinción entre él y la idea de delito común; como se recordará, antes de la Revolución francesa, esta clase de hecho punible era considerada de “lesa majestad” y solo con posterioridad se empieza a diferenciar entre ambas clases de delincuencia; aunque, a decir verdad, los estatutos represores nunca han sido muy afortunados a la hora de separar uno y otro, como sucede por ejemplo con el Código penal francés de 1810 o con el colombiano de 2000 e, incluso, con la Constitución de 1991, a cuyos efectos se debe acudir a la doctrina y a la jurisprudencia.

3.2. Doctrinariamente⁵, se han acuñado diversas posturas al respecto: una *objetiva*, que reserva el calificativo de político solo a aquel comportamiento punible atentatorio contra la existencia y la seguridad del Estado; otra *subjetiva*, que no atiende al resultado material de la infracción sino al móvil del autor, a los motivos inspiradores de su acción, que son de naturaleza noble, altruista, al servicio del interés colectivo, esto es,

tada en el Senado ante la decisión de negarlos adoptada por las Comisiones Primeras Constitucionales Permanentes, finalmente fueron remitidos a Comisiones Constitucionales que no eran competentes; y una vez aprobados por éstas últimas sin tener competencia para hacerlo, fueron introducidos de manera irregular en el segundo debate ante la plenaria del Senado, como si hubiesen sido aprobados por las Comisiones Constitucionales facultadas para ello... Así las cosas, ha de concluirse que los artículos 70 y 71 acusados son inenquadrables por vicios de procedimiento en su formación y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia”. No obstante, en la misma sentencia se advirtió que ella no tenía efectos retroactivos: “la Corte no concederá efectos retroactivos a estas decisiones... Por lo tanto, se aplican las reglas generales sobre efecto inmediato de las decisiones de la Corte Constitucional, de conformidad con su jurisprudencia”; parecía, pues, claro que el artículo 71 se podía invocar como norma más favorable.

³ Dice así el inciso 1º del artículo 69: “Las personas que se hayan desmovilizado dentro del marco de la Ley 782 y que hayan sido certificadas por el Gobierno Nacional, podrán ser beneficiarias de resolución inhibitoria, preclusión de la instrucción o cesación de procedimiento, según el caso, por los delitos de concierto para delinquir en los términos del inciso primero del artículo 340 del Código Penal; utilización ilegal de uniformes e insignias; instigación a delinquir en los términos del inciso primero del artículo 348 del Código Penal; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones”.

⁴ En el inciso 1º se dice: “Se podrán conceder también, según proceda, de acuerdo con el estado del respectivo proceso penal, la cesación de procedimiento, la resolución de preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, a quienes confiesen y hayan sido o fueren denunciados o procesados por hechos constitutivos de los delitos a que se refiere este título y no hayan sido aún condenados mediante sentencia ejecutoriada”.

⁵ Véase Luis Carlos Pérez: *Los Delitos políticos. Interpretación Jurídica del 9 de Abril*, Bogotá, Distribuidora Americana de Publicaciones Limitada, 1948, págs. 41 y ss.; también, el lúcido comentario de Ricardo Posada Maya: «Los actos delictivos realizados por paramilitares son delitos comunes», en semanario vital@viva.org.co, *Caja de Herramientas* N° 71, Bogotá, Julio de 2007, págs. 2 y ss.

de índole absolutamente social. Por supuesto, desde un punto de vista ideológico, la segunda concepción tiene visos de más liberalismo que la primera, pues cualquier infracción que esté inspirada en una finalidad política, puede ser calificada como tal.

Finalmente, puede optarse por un criterio mixto, similar al acogido por el legislador italiano de 1930: “para todos los efectos de la ley penal, se entiende por delito político todo aquel que ofende un interés político del Estado o un derecho político del ciudadano. También se puede considerar como delito político el delito común determinado, en todo o en parte, por motivos políticos” (artículo 8º, inciso 3º).

3.3. Frente a las diversas posiciones parece más afortunada la concepción mixta que suele ser aceptada sin resistencias por estudiosos y jueces aunque, a decir verdad, no siempre es tarea fácil calificar un hecho como político o común respecto de situaciones concretas; delitos complejos como el terrorismo, que tantos debates han suscitado, son un buen ejemplo de tales dificultades⁶, lo mismo sucede con las infracciones conexas vinculadas causalmente con el delito político.

3.4. Ahora bien, en el derecho colombiano —pese a muchas elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales al respecto— el asunto no ha sido discutido con la hondura y la profundidad suficientes, pese a que se trata de una problemática de permanente actualidad; incluso, el legislador ha asumido posiciones poco claras al respecto⁷, muchas veces con la pretensión de desnaturalizar el delito político, cuando trata a tales formas de delincuencia como si fueran comunes o al revés —fue, exactamente, lo que sucedió con el artículo 71 de ley 975 de 2005, que convirtió el concierto para delinquir en una de sus modalidades agravadas en “sedición”—, aunque la distinción tiene pleno asidero en la Constitución que, en diversas disposiciones, alude al *delito político* (confróntese artículos 35 inciso 3º modificado por el Acto legislativo 1 de 1997 en su artículo 1º, 150-17, 179-1, 201-2, 232-3, 299 penúltimo inciso, 18 num. 1º y 30 transitorio), para diferenciarlo del *delito común* (confróntese artículo 175-3) y del *delito atroz* (confróntese artículo 30 transitorio). No obstante, si se tiene en cuenta el proceso vivido durante las últimas décadas, en virtud del que se ha propiciado la reincorporación a la vida civil de algunos grupos armados, se aprecia el predominio de criterios subjetivos (confróntese Constitución Política, artículos 12 y 13 transitorios) sobre los objetivos, aunque no faltan las posturas mixtas⁸.

⁶ Al respecto, recuérdese, la Corte Constitucional ha rechazado la posibilidad de que el terrorismo sea tenido como un delito político. Confróntese Sentencias C-1055 de once noviembre 2003, por medio de la que se produjo la revisión constitucional de la Ley 804 de 2003 aprobatoria del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el quince de diciembre 1997; y C-037 de 27 enero 2004, por medio de la que se revisó la constitucionalidad de la ley 808 de 2003, que incorporó al ordenamiento el Convenio Internacional para la represión y financiación del terrorismo, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999): “...en ninguno de los Acuerdos de derecho internacional y Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas en que se condena el terrorismo se considera como delito político su financiación, sino, porque *las conductas orientadas a este fin son incompatibles con el alcance y la delimitación conceptual, filosófica y jurídica de ese tipo de delito, en la medida en que sus autores no se inspiran en un móvil altruista, sino que, al contrario, el terrorismo se dirige a crear una atmósfera de terror en la población*”.

⁷ El listado, como la ha demostrado el Profesor Bernardo Gaitán Mahecha (cfr. “Sobre el delito político y la actualidad”, *El Tiempo*, 1º de agosto de 2007), es bastante largo y se ha fluctuado desde consideraciones subjetivas (el Decreto 1823 de 1954, expedido en la época de la dictadura), pasando por las objetivas (Ley 77 de 1989, artículo 3º y el Decreto 474 de 1982), hasta llegar a las mixtas (Decreto Legislativo 328 de 1958 y la Ley 13 de 1982 en su artículo 2º). Desde luego, como siempre, las elaboraciones académicas terminan sacrificadas por los actos de poder que atienden a las circunstancias del momento.

⁸ Por las concepciones mixtas parece inclinarse la jurisprudencia: así la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencias de 26 mayo 1982, en *NFP*, núm. 15, Bogotá, Temis, 1982, pág. 887, aunque parecieran privar los criterios subjetivos; 22 octubre 1981, en *JD*, t. XI, pág. 224; 27 mayo 1986, en *JD*, t. XV, Bogotá, Legis, 1986, pág. 608; 26 noviembre 2003, radicado 21639 que, por lo demás, recuerda una vieja jurisprudencia: “...*el delito político tiene que serlo objetiva y subjetivamente: la expresión así lo indica, esto es, que el bien, interés o derecho jurídicamente tutelado en las ocurrencias*”.

3.5. En síntesis, pues, la noción de delito político es aquella que lo mira con pautas propias de la ciencia política y se entiende por tal todo comportamiento criminoso atentatorio contra los intereses del ente estatal, desde el punto de vista del manejo ideológico de este; o contra sus ciudadanos, siempre y cuando el agente persiga con su actuar la transformación de la sociedad y no obre inspirado por móviles egoístas, ajenos al querer colectivo. Por ello, ha dicho la doctrina nacional que “delito político es la acción que ataca directamente las instituciones del Estado, en su origen, mutación y funcionamiento, buscando el reemplazo de dichas instituciones por otras más perfectas o más ampliamente democráticas”⁹.

No obstante, lo que deba entenderse por tal dependerá del momento histórico y de las reglas del juego, las que deben ser trazadas por el legislador, todo ello dentro de los marcos de una concepción liberal democrática del Estado que, desde este punto de vista, aparece como irrebalsable.

en que acontece es lo político, vale decir, la organización del Estado, el buen funcionamiento del gobierno; y, además, los móviles que deben guiar al delincuente tienen que ser, consecuentemente, los de buscar el mejoramiento en la dirección de los intereses públicos. Tal es el sentido natural y obvio del vocablo. «Mas, también ese es el sentido obvio y natural de la expresión que la ley emplea para consagrar los delitos políticos, cuando requiere el propósito específico de derrocar al gobierno legítimo, o de cambiar en todo o en parte el régimen constitucional existente, o de impedir el funcionamiento normal del régimen constitucional o legal vigentes, o de turbar el pacífico desarrollo de las actividades sociales. Y eso es lo que en forma patente acredita también la circunstancia de que las infracciones comunes que se realicen durante un movimiento subversivo, tales como incendios, homicidios y lesiones causadas fuera de un combate y, en general, los actos de ferocidad y barbarie, se sancionen por separado, acumulando, por excepción, las penas». (auto del 25 abril 1950, M. P. Agustín Gómez Prada)”; sentencia de 24 noviembre 2004, radicado 22450: “Ni la Constitución ni la ley definen qué es delito político ni especifican cuáles son los conexos con éste; sin embargo, esta Corte tiene sentado que el primero es «aquella infracción penal cuya realización busca el cambio de las instituciones o sistemas de gobierno para implantar otros que el sujeto activo, generalmente caracterizado por su espíritu altruista y generoso, considere más justos”, por lo que se califican como tales los de rebelión, sedición, conspiración y seducción, usurpación y retención ilegal de mando, es decir, los que atentan contra el régimen constitucional y legal”; Auto de 18 octubre 2005, radicado: 24222, que vuelve a citar la decisión de 25 abril 1950 ya referida.

También, el Tribunal Superior de Medellín en decisión de tres diciembre 1982, en *NFP*, núm. 20, Bogotá, Temis, 1983, págs. 521 y ss.; Corte Constitucional, sentencia C-009 de 17 enero 1995 (confróntese, *Gaceta de la Corte Constitucional*, t. I, Bogotá, Diké, 1996, pág. 37): “El delito político es aquel que, inspirado en un ideal de justicia, lleva a sus autores y copartícipes a actitudes prescritas del orden constitucional y legal, como medio para realizar el fin que se persigue...”. Sobre la distinción entre delito común y delito político —de nuevo en defensa de las posturas mixtas en esta materia— dijo la Corte Constitucional en sentencia C-171 de 1993, sin fecha (reiterada por la sentencia C-069 de 23 febrero 1994), lo siguiente: “El Estado no puede caer en el funesto error de confundir la delincuencia común con la política. El fin que persigue la delincuencia común organizada, particularmente a través de la violencia narcoterrorista, es el de colocar en situación de indefensión a la sociedad civil, bajo la amenaza de padecer males irreparables, si se opone a sus proditorios designios. *La acción delictiva de la criminalidad común no se dirige contra el Estado como tal, ni contra el sistema político vigente, buscando sustituirlo por otro distinto, ni persigue finalidades altruistas*, sino que se dirige contra los asociados, que se constituyen así en víctimas indiscriminadas de esa delincuencia. Los hechos atroces en que incurre el narcoterrorismo, como son la colocación de carobombas en centros urbanos, las masacres, los secuestros, el sistemático asesinato de agentes del orden, de jueces, de profesionales, de funcionarios gubernamentales, de ciudadanos corrientes y hasta de niños indefensos, constituyen delito de lesa humanidad, que jamás podrán encubrirse con el ropaje de delitos políticos” (subrayas ajenas al texto). También, en la sentencia C-456 de 23 septiembre 1997, que declaró exequible el antiguo artículo 127 del Código Penal de 1980, se dijo: “Al delito político se le otorga un tratamiento distinto del aplicable al delito común, en razón de los móviles de beneficio social que eventualmente pueden anidar en el alma de los rebeldes, pero nunca porque se juzgue apropiado el recurso a la violencia. De hecho en las sociedades democráticas que, como la colombiana, ofrecen canales múltiples para ventilar el disenso y buscar la transformación de las estructuras sociales, económicas y políticas, el ámbito del delito político no puede tener ya el mismo alcance que pudo tener en el pasado, lo que no quiere decir que esta modalidad delictiva haya desaparecido de los códigos y de la Constitución”. Así mismo, en la sentencia C-928 de seis septiembre 2005, se señala: “En forma general, puede considerarse que el delito político es aquella infracción penal cuya realización busca el cambio de las instituciones o sistemas de gobierno para implantar otros que el sujeto activo, generalmente caracterizado por su espíritu altruista y generoso, considere más justos”. Sin embargo, en las sentencias C-1055 de once noviembre 2003 y C-037 de 27 enero 2004, ya citadas, que recogen en las pautas contenidas en normativa internacional sobre la materia, pareciera hacerse hincapié en las teorías subjetivas.

⁹ Véase Pérez: *Los Delitos políticos*, pág. 42.

4. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA PROVIDENCIA EN CUESTION

4.1. Sin duda, el proveído judicial en comento distingue con precisión y de forma correcta las figuras del delito común y del delito político a partir de sus correspondientes elementos constitutivos, no sólo por razones sustanciales desde la Constitución y la Teoría del delito sino desde un plano formal; todo ello inscrito en el programa penal de la Constitución, esto es, “el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar”¹⁰. Es más, no cabe duda en el sentido de que se asumen las posturas mixtas en la materia que nos ocupa (confróntese acápite V.1.2, de la providencia).

4.2. Así mismo, son válidas las críticas que dicha corporación formula al artículo 71 de la Ley 975 de 2005 que, como ya se señaló, tuvo una corta vida en el ordenamiento colombiano como que rigió en el lapso comprendido entre el 25 de julio de 2005 y el 18 de mayo de 2006, en cuanto asimilaba el delito de concierto para delinquir —en su modalidad de conformación de grupos armados al margen de la ley, antigua redacción del inciso 2º del artículo 340 del Código Penal— al delito de sedición, llevándose de calle toda la teoría del delito político largamente elaborada por la doctrina y la jurisprudencia nacionales y extranjeras. En torno a eso, obvio es reiterarlo, la providencia es plenamente compatible.

4.3. Incluso, son también admisibles las consideraciones en torno a la forma como la citada disposición podría llegar a desconocer los derechos de las víctimas, para el caso a la verdad, la justicia y la reparación.

4.4. Además, son ciertos los planteamientos que dicho organismo hace en relación con la ausencia de una verdadera Política criminal en Colombia, pues si algo está claro es que en estas materias la brújula se extravió hace mucho y nada indica que los organismos encargados de poner a marchar esas necesarias directrices estén interesados en adoptar las cautelas que al respecto se requieren. Estamos, pues, librados a decisiones coyunturales en este ámbito que se toman al vaivén de los acontecimientos y dependiendo de la dirección hacia la que marchen los vientos; no es sino mirar el proceso de reformas a las leyes punitivas —el Código Penal de 2000 ha sido modificado en unas veinte oportunidades y la nueva ley procesal penal de 2004 ya empezó su propio calvario de reformas y contrarreformas— para verificarlo.

4.5. No obstante, los anteriores puntos de partida —se repite correctos, comparables y plenamente defensables— se desvirtúan cuando, con base en ellos, el propio organismo que pretexto defender la Carta Fundamental y recuperar para la discusión el programa penal que ella contempla, de manera abrupta, decide cercenarle al peticionario *un derecho fundamental* contenido en el Título II de la Ley de Leyes, más concretamente en el artículo 29 inciso 3º a cuyo tenor: “*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable*”.

4.6. Por ello, de manera preocupante, se afirma —por la vía de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, que aquí no tiene cabida— que dicha normatividad “no puede seguir produciendo efecto alguno hacia el futuro en el mundo jurí-

¹⁰ Berdugo Gómez de la Torre y AA. VV.: *Curso de Derecho Penal*. Parte General, 1ª ed., Barcelona, Ediciones Experiencia, S. L., 2004, pág. 45.

dico”, cuando es evidente que la aplicación del principio de favorabilidad en esta materia no posibilita llegar a tal conclusión¹¹. Es más, aunque la Sala mayoritaria no lo dice expresamente, queda latente en el texto de la decisión el planteamiento formulado por el Magistrado que aclaró su voto, en el sentido de que dicha norma sería “inexistente”¹²; naturalmente, no se necesita ser un experto en materias jurídicas para concluir que una norma que rigió durante casi diez meses *existió*, eso lo sabe cualquier lego en estas materias.

Puede ser que al juez o al estudioso no les guste la asimilación que, en mala hora, hizo el legislador entre delito común y delito político, pero nada los habilita a negar algo que es elemental desde la perspectiva del Derecho penal y de la Carta Política: la aplicación de una ley penal declarada inexecutable como norma más favorable por ser más benigna, asunto pacífico para la doctrina y la jurisprudencia colombianas, sin que nadie hubiera osado llegar a los extremos que ahora se proponen en contravía del ordenamiento constitucional y legal.

4.7. En efecto, lo que genera fundado estupor pues se trata del organismo que tiene la misión de unificar la jurisprudencia, con anterioridad la propia Sala de Casación Penal —integrada casi por los mismos magistrados que ahora suscriben la decisión comentada— habían llegado a conclusiones completamente opuestas.

4.7.1. En efecto, en Auto del once de julio de 2006, radicado 25190, expedido pocos días después de la declaratoria de inconstitucionalidad del susodicho artículo 71, se dijo por parte de esa Corporación —con apoyo en la sentencia de once de noviembre de 1986 y con base en decisiones previas de la Corte Constitucional sobre la materia¹³—, lo siguiente:

“Conviene señalar que *la inexecutable por regla general se proyecta hacia el futuro, salvo el reconocimiento por favorabilidad de normas declaradas inconstitucionales, como la Sala lo tiene por aceptado...* Si así es, y si *los efectos de la sentencia recién proferida por la Corte Constitucional rigen hacia el futuro (ex nunc), los beneficios del declarado inconstitucional artículo 71 de la ley 906 de 2004 (sic) se mantienen y no afectan situaciones consolidadas bajo su imperio*”

Ningún magistrado, repárese, salvó su voto o afirmó que la equiparación entre el concierto para delinquir y la sedición que hacía el artículo 71, ofrecía reparo constitucional alguno.

4.7.2. Igualmente, mediante auto de ocho de agosto de 2006, radicado 25797¹⁴, sin ningún Salvamento de voto —aunque tres de los integrantes de la Sala lo aclararon para decir que no era necesario aludir al principio de favorabilidad, para evitar confu-

¹¹ En contra, sin embargo, Posada Maya, *Caja de Herramientas*, op. cit., pág. 6 y ss.

¹² Así, el Magistrado Yesid Ramírez Bastidas, cuando afirma: “el artículo 71 de la Ley 975 de 2005 *es inexistente* porque en su trámite legislativo se incurrió en graves defectos...” pero como los malos ejemplos en materias que debieran ser pacíficas entre los estudiosos del Derecho cunden, ya reputados académicos afirman que “...la inconstitucionalidad del artículo 71 por vicios de procedimiento *tienen efectos ex tunc*, o sea, de nulidad absoluta de la disposición normativa desde el momento mismo de su expedición irregular que, *para efectos prácticos (?), equivale a su inexistencia*” (Confróntese Rodolfo Arango: «Temis Vs. Ares», en semanario virtual@viva.org.co, *Caja de Herramientas*, N° 72, Bogotá, Julio de 2007, pág. 3). Obviamente, no se necesitan muchos esfuerzos para ver cómo, de la mano de una lógica torcida y amañada, terminan identificados —“para efectos prácticos” (¡!)— los conceptos de *nullidad* e *inexistencia* y cómo el artículo 29 de la Constitución culmina sepultado en el olvido. ¡No faltaba más!

¹³ Cita la sentencia T-401 de 1996.

¹⁴ Con ponencia del Magistrado Alfredo Gómez Quintero, a la fecha de este escrito Presidente de la Sala de Casación Penal de la H. Corte.

siones—, la Corporación fue categórica y perentoria al afirmar que procedía la aplicación del artículo 71 por vía de favorabilidad; y tampoco nadie lo cuestionó por vicios de contenido. Se dijo, entonces:

“Lo consignado hasta aquí conduce a *predicar de manera categórica —tal como ya se había adelantado— que la inexequibilidad del artículo 71 de la Ley 975/05 declarada mediante la sentencia C-370 de mayo 18/06 sólo produce efectos hacia el futuro*, lo que comporta afirmar que *todas aquellas conductas que fueron cometidas antes de la reseñada fecha* (i) constitutivas para entonces de concierto para delinquir con fines de organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, siempre y cuando su accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal, o (ii) por quienes hayan conformado o hagan parte de grupos guerrilleros con similar accionar de interferencia, *deberán ser tipificadas como sedición, a términos del precitado artículo 71, dado que tal calificación comporta efectos favorables para el sindicado o condenado*”

Así mismo, en relación con el tema de la favorabilidad en punto a una norma declarada inexequible, se expresó:

“La inquietud que pudiera subsistir en torno a la supervivencia jurídica de la norma —al mediar el fallo de inexequibilidad en comento— queda resuelta con base en dos fundamentos, como son el efecto de la sentencia marcado por la Corte Constitucional, esto es, a futuro, así como también por el apoyo que en el propio marco constitucional encuentra el dispositivo en su aplicación extensiva en el tiempo respecto de situaciones consolidadas o de aquellas que durante el lapso de su vigencia hubieran satisfecho las exigencias impuestas por la disposición legal”¹⁵.

4.7.3. Es más, el día dos de febrero de 2007, radicado 26717¹⁶, volvió la Sala a afirmar que el artículo 71 se debía aplicar como norma más favorable, a cuyo efecto transcribió lo que había afirmado el once de julio de 2006, radicado 25190. Tampoco, adviértase, hubo Salvamentos de voto ni se aseveró que el artículo 71 no producía efecto jurídico alguno; menos que no era aplicable como norma más favorable.

4.8. Adicionalmente, como para acabar de producir más perplejidad, tampoco puede pasar desapercibida la afirmación en el sentido de que el delito de *concierto para delinquir* en el que incurrió el peticionario es *agravado*, por lo que se le niega también la aplicación del artículo 69 de la Ley 975 que posibilita cesar el procedimiento a quien ha incurrido en un delito de concierto para delinquir simple a condición de que se den los presupuestos de la Ley 782 de 2002 (véase VIII), cuando es evidente que una vez expedida la Ley 1121 de 29 de diciembre de 2006, artículo 19, el inciso 2º del artículo 340 fue derogado para convertir el concierto para organizar, promover, o financiar grupos armados al margen de la ley en una modalidad genérica de esa figura, al tenor del inciso 1º.

Esta postura, obvio es decirlo, reitera lo que ya la propia Sala de Casación Penal había expresado en la desafortunada providencia del siete de marzo de 2007,

¹⁵ A tal efecto, se fundó expresamente en la sentencia C-370 de 1996 en cuanto advirtió que esa decisión no tenía efectos retroactivos (véase nota 3) y citó como, precedentes de la propia Sala, los siguientes: pronunciamiento de once de noviembre de 1986; auto de única instancia de nueve de agosto 1995; casación de junio 20 de 2002, radicado 15827 —que se apoya en radicados 11619, 13591 y 14524 del 27 y 30 de marzo de 2000 y 6 de noviembre de 2001, con ponencia del Magistrado Carlos Gálvez Argote—; hasta llegar al auto de once de julio 2006, radicado 25190 que, erradamente, cita como “sentencia de tutela”.

¹⁶ Que contó con la ponencia del Magistrado Yesid Ramírez Bastidas.

radicado 26922, destinada a dirimir un conflicto negativo de competencias, en virtud de la que —esta vez de espaldas a la Constitución y a su programa penal— se dijo:

“Desde ya advierte la Sala que *el legislador al expedir la Ley 1121 de 29 de diciembre de 2006, publicada al día siguiente en el Diario Oficial N° 46497, lo que quiso fue regular de una manera más técnica los comportamientos que tienen que ver con la financiación del terrorismo*, con el fin de adaptarlos a las nuevas necesidades y requerimientos surgidos con ocasión de los compromisos internacionales adquiridos a través de la aprobación de tratados internacionales como el Convenio para la Represión de la Financiación del Terrorismo, aprobado mediante Ley 808 de 2003, operándose así un tránsito legislativo hacia nuevas disposiciones modificativas de las ya existentes, *pero nunca una despenalización de alguna de las conductas consagradas en el citado apartado de la Ley 599 de 2000....*Resumiendo, lo que antes se denominaba “Administración de recursos relacionadas con actividades terroristas”, en la nueva normatividad pasó a denominarse “*Financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas*”, para incluir en el tipo de una manera que resulte omnicompreensiva, otras conductas compatibles o relacionadas con la actividad del financiamiento de actos terroristas que anteriormente no estaban descritas como delito autónomo, sino como circunstancias de agravación del concierto para delinquir». Y que «*en el marco de estas consideraciones resulta evidente que el concierto para organizar, promover, o financiar grupos armados al margen de la ley, no fue suprimido del catálogo de delitos que contempla la nueva ley; todo lo contrario, esa conducta fue readecuada como comportamiento punible autónomo en el citado artículo 345, como con antelación se dijo, y su concierto, técnicamente calificado como circunstancia de agravación del concierto para delinquir en el artículo 19 de la Ley 1121 del 29 de diciembre 2006, con una pena mayor a la que señalaba el inciso 2º del artículo 340 de la Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 733 de 2002*”.

A estos razonamientos, desde luego, hay que hacerles una objeción fundamental: *una cosa es que esa Ley (la 1121 de 2006) castigue en el inciso 2º el concierto para el financiamiento del terrorismo y la administración de recursos relacionados con actividades terroristas* y que, además, cree una figura específica en el artículo 345 para punir a quienes ejecutan esas actividades; y *otra, muy distinta*, es que la conducta de “...*organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley...*”, que en el inciso 2º del artículo 340 original no estaba referida a esas actividades, de la noche a la mañana —así se utilicen algunos de esos verbos rectores—, se haya convertido en un concierto para el financiamiento del terrorismo y la administración de recursos relacionandos con esa actividad, amén de un delito especial. En fin, no es necesario ir más lejos para concluir que semejante razonamiento desconoce de manera franca el principio de legalidad de los delitos y de las penas (artículos 29 de la Constitución Política y 6 del Código Penal), amén de que confunde el concierto para delinquir (delitos que sólo existen *intencionalmente*) con los delitos que se ejecutan con motivo de un concierto (delitos *realmente* cometidos). Además, tampoco puede perderse de vista que con ese punto de partida el concepto de terrorismo se lleva hasta unos confines que, ni siquiera las posturas más retrógradas, imaginaron: ¡Todo se vuelve terrorismo según los intereses en juego!

5. A MANERA DE CONCLUSION

5.1. Ha sido mucho el revuelo que ha causado en el país esta decisión; sin embargo, debe decirse que planteamientos muy similares se consignan en el Salvamento de Voto que presentara el Magistrado Alfredo Beltrán Sierra a la ya mencionada sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, hace poco más de un año.

5.2. De todas maneras, más allá de los enfrentamientos verbales que se han producido entre el Gobierno y la Corte, que en un verdadero Estado de Derecho no tienen razón de ser, llama la atención el hecho de que esta decisión —que proclama a los cuatro vientos la necesidad de que la judicatura cumpla a cabalidad con sus deberes constitucionales— aparezca en un contexto en el cual, valga la pena recordarlo, el propio alto Tribunal se ha caracterizado por emitir pronunciamientos que tampoco dotan de plena coherencia su accionar y que, para acabar de ajustar, no se corresponden con el programa penal de la Constitución. El hecho de que en pocas semanas se produzca un cambio abrupto en una jurisprudencia pacífica y reiterada, de la mano de un trasfondo político, sólo genera estupor y crea inseguridad jurídica.

5.3. En fin, lo que queda claro después de este proveído es que se hace necesario respetar en toda su dimensión la figura del delito político para que, por vía de la asimilación, los delitos comunes no terminen convertidos en atentados contra el régimen constitucional desdibujando así todo el entorno demoliberal y libertario que se esconde detrás de esta construcción. Es más, lo dicho hasta ahora debe servir para reclamar —en contra de lo que ya sucedió en el pasado, cuando se cobijó con el manto de la impunidad a comportamientos atroces a raíz de otros procesos de paz con algunos grupos armados, que tampoco podían ser calificados como de políticos en un sentido estricto, por lo menos con un punto de partida mixto—, que en el futuro esta figura sólo sirva para cobijar conductas que objetiva y subjetivamente se correspondan con ella y no los crímenes de lesa humanidad que esos grupos cometen a diario contra la población de un país indefenso; el caso de los once diputados cuyos cadáveres, después de varias semanas, finalmente, han sido recuperados y entregados a sus familiares el día once de septiembre —luego de que los forenses constaran que fueron acribillados y vilmente asesinados— es tal vez el ejemplo más cercano, escabroso y doloroso que aquí se pueda recordar y que le muestra al mundo civilizado los alcances de los grupos que, a nombre de una ideología ya borrosa y casi olvidada, pretenden imponerse a sangre y fuego sobre una sociedad atemorizada y martirizada.

5.4. Obviamente, debe señalarse —en contra de lo que creen algunos medios de comunicación, que ahora se erigen en las máximas conciencias morales del país cuando no en los supremos legisladores o jueces— que la decisión emitida por la Sala de Casación Penal apenas sí obliga en el caso concreto y ni siquiera, al tenor del artículo 10 de la ley 153 de 1887, constituye *doctrina probable* como para pretender que tenga efectos vinculantes *erga omnes*, por la potísima razón de que en este caso dicha Corporación no actuó como tribunal de casación ni, por supuesto, ha emitido en tal condición tres decisiones reiteradas sobre un mismo punto de Derecho¹⁷, máxime que los precedentes apuntan a una dirección jurisprudencial totalmente contraria. Además, tampoco —que se sepa— a ese organismo ninguna norma le ha otorgado funciones legislativas como para pretender que él, a través de sus pronunciamientos, pueda modificar el ordenamiento jurídico patrio.

5.5. Sin duda, los fallos de ese alto tribunal son muy importantes y suelen ser acatados por los administradores de Justicia, pero de ahí a que sean vinculantes —máxime cuando se observan tan reiterados e infundados vaivenes en las líneas jurisprudenciales adoptadas— hay una distancia muy grande. Además, no se olvide, tampoco aquí ha terminado la discusión; por el contrario, como el Gobierno Nacional

¹⁷ Modificado por el artículo 4º de la ley 169 de 1896: “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

ha insistido ante el Congreso de la República en sus planteos esta vez mediante la presentación de un Proyecto de Ley enderezado a llenar el supuesto vacío legal que deja la decisión —esta vez sin insistir en la asimilación entre paramilitarismo y sedición¹⁸—, todo hace presagiar que el debate va a continuar, máxime si logran cuajar los tortuosos procesos de paz con algunos grupos que apenas comienzan y los que, de seguro, se concretarán en un futuro, en un país urgido de un combate frontal contra la justicia privada y que necesita, a toda costa, aclimatar la paz.

5.6. El Derecho, pues, más allá de los conflictos y de las disputas, se tiene que afianzar como suprema herramienta para lograr la paz y asegurar la convivencia —un imperativo constitucional, al tenor del artículo 22 de la Carta—, porque ellas son el único camino para construir la democracia y posibilitar la seguridad jurídica; con razón, pues, pudo decir John Locke en 1689, que “los conflictos entre los hombres se pueden resolver con dos criterios, o con el derecho o con la fuerza. Se trata de dos criterios que donde termina uno empieza el otro. No es asunto mío buscar hasta dónde se extienden, en cada uno de los pueblos, los derechos del Magistrado; *yo solamente sé lo que ocurre cuando surge una controversia y falta el juez que la resuelva*”¹⁹.

¹⁸ El Proyecto fue presentado por el Ministro del Interior y de Justicia, el Dr. Carlos Holguín Sardi, a consideración del Congreso el pasado quince de agosto de 2007 y radicado con el N° 67. Mediante él se busca no sólo modificar, una vez más, el art. 340 del Código Penal en materia de concierto para delinquir, sino adicionar el artículo 69 de la Ley de Justicia y Paz para posibilitar poner fin a los procesos penales iniciados por iniciarse, en contra de los miembros de los grupos desmovilizados a condición de que sólo hayan cometido el delito de concierto para delinquir simple (art. 340-1, con la modificación propuesta), la figura de instigación a delinquir en los términos del art. 348 del C. P. y la fabricación, tráfico y porte de armas y municiones (cfr. arts. 365 y ss.).

¹⁹ Véase “Carta sobre la Tolerancia”, en John Locke: *Carta sobre la Tolerancia*, trad. de Román de Villafrechos, Madrid, Mestas Ediciones, 2001, pág. 65.

APUNTES*

• El señor ministro, ‘por alegrías’

En esta época, cuando, quizá por saturación de atipicidades de toda índole, ya casi nada sorprende, no se sabe muy bien por qué, amplios sectores de opinión que cualquiera diría ajenos al asunto, se han sentido fuertemente concernidos por la noticia de la disposición de Fernández Bermejo a introducir un cambio sustancial en el sistema de acceso a la judicatura. Hasta el extremo de que el asunto se ha convertido en tema de conversación habitual. Obviamente, por unos días.

Esto solo, aisladamente considerado, podría tomarse como un valor, ya que si la selección y la formación de los jueces constituyen un tema de interés objetivo para la ciudadanía, que tanto se juega a diario en los tribunales, no parece malo que los eventuales justiciables se sientan afectados por los posibles cambios en la materia. Pero no conviene engañarse, porque las palabras del ministro han suscitado, no reflexión, sino *revuelo*, que es el efecto natural de las opiniones que se dejan caer “a la buena de Dios”, de lo que se dice alegremente y como “a humo de pajas”.

El arraigado procedimiento de selección mediante “oposiciones”, tan castizo, goza de méritos sobrados para ser sometido a profunda revisión. Y quizá en su versión judicial más que en ninguna otra. Porque, en efecto, no hay que ser un lince para advertir que el *juicio*, función cognoscitiva por antonomasia, que, como tal, reclama lucidez y capacidad de discernimiento y de distancia crítica de las propias posiciones, como forma de operar con tendencial objetividad en el caso objeto de examen, no es el atributo habitual del *papagayo*, ave, según el Diccionario, muy apreciada porque “aprende a repetir palabras y frases enteras”.

Y tal es lo que se reclama y obtiene del opositor: la memorización automatizada de un programa. Lo único que permite *disparar* un alto número de nociones estereotipadas en tiempo record. Y que obliga a una asimilación irreflexiva, pues de otro modo, es decir, de pensar en lo que se dice, resultaría imposible hacerlo. Esto es algo tan cierto como que en los medios de los preparadores y opositores circula desde antiguo el expresivo tópico: “Ahora a estudiar, que de pensar ya tendrás tiempo”.

Pero, curiosamente, todo lo que hay de irreflexión en el *modus operandi* de aprendizaje impuesto por el sistema, es opción consciente de los que más se empeñan en mantenerlo. A sabiendas de que produce, preferentemente, un determinado tipo de juez: el que tan conocidos servicios ha prestado a todas las involuciones autoritarias que en el mundo han sido, porque, “jurista puro” y “apolítico” él, lo que pasase en los estratos superiores del Estado y del ordenamiento no era cosa suya. Eso sí, siempre que le llegara convenientemente envuelto en papel-BOE.

Por eso, la intervención del ministro, que se mueve en el terreno de la ocurrencia, ya que no consta tenga detrás el necesario sustrato de reflexión y estudio ponderado de las alternativas posibles, lejos de contribuir a un debate público presidido por la racionalidad, *da munición* a los epígonos del anti-modelo en vigor, como clarísimamente ha sucedido en este caso. Basta ver la fruición con que acreditados exponentes de la *caverna* judicial se han lanzado sobre la añosa cuestión, para jugar, con indudable inteligencia, una baza servida en bandeja: la ligereza, frivolidad incluso, de la propuesta

* Sección a cargo de P. Andrés Ibáñez, J. Fernández Entralgo, J. Hernández García, A. Jorge Barreiro y R. Sáez Valcárcel.

ministerial es sólo indicativa de que la seriedad y la racionalidad, toda la seriedad y toda la racionalidad están de la otra parte. Opinión probablemente compartida por los miles de opositores que ahora mismo luchan con el programa y de entre los que saldrán los jueces y fiscales de los próximos años. Pues, “de la necesidad virtud”, precisan de la seguridad que les ofrece el mantenimiento del *statu quo*, y mal podrían aceptar una intranquilizadora propuesta de cambio que no viniese avalada por la seriedad del planteamiento y la garantía de la exigible gradualidad en la implantación.

• El proceso de lucha

En sintonía con la proclamación de la guerra como continuación de la política por otros medios, se convoca a los jueces a que participen activamente en las diferentes cruzadas que se identifican por los medios de comunicación y por ciertos espacios de poder, en una suerte de proceso de combate y de justicia partisana. Una reciente actuación judicial contra la dirección de un partido político declarado ilegal fue presentada de modo unánime por diarios impresos, televisados y radiofónicos como la respuesta del Gobierno, a cuyo servicio actuarían las fuerzas de seguridad y el juez de instrucción, mediante “una presión total en todos los frentes” contra los terroristas y quienes los sustentaban, una respuesta política y judicial que atendería a la misma lógica de enfrentamiento. Si esas crónicas y los mensajes que difundían pudieran explicarse desde una escasa comprensión de nuestros periodistas acerca del papel de la jurisdicción en un estado de derecho, sin embargo se ha hecho común que actividades formativas destinadas a jueces lleven en su título la leyenda “la lucha”, ya fuere la lucha contra el terrorismo local y el internacional, o la lucha contra la inseguridad vial, también la lucha contra la violencia machista, ¡cómo no! la lucha contra las drogas o contra el crimen organizado... De Tribunales en lucha y de proceso de combate. Una lluvia fina, que va calando, lenta pero de manera intensa, en la cultura judicial hasta el punto que los asistentes no se planteen qué les convoca allí. Porque parece poco compatible esa intervención en el combate con la imparcialidad que ha de orientar la presentación en público, la conducta y la manera de operar de un tribunal de justicia.

Ejemplo de esas prácticas indeseables de juicio de guerra son algunas noticias sobre el funcionamiento del sistema en los EEUU. Así, la decisión de un tribunal federal de apelaciones que rechazó a primeros de octubre el recurso contra la inadmisión de una demanda planteada por un ciudadano alemán que mantenía que había sido secuestrado por agentes de la CÍA en Macedonia, trasladado a Afganistán, donde fue encerrado y torturado durante largos meses. La decisión judicial argumentaba que la tramitación del caso podría desvelar la forma como organizaba la agencia de espionaje sus “operaciones más delicadas”, publicidad que pondría en peligro la seguridad nacional. O las opiniones del candidato del presidente Bush a Fiscal General, M. Mukasey, nombramiento que acaba de aprobar el Senado, ante la comisión parlamentaria cuando manifestó sus dudas de que el *waterboarding* —una técnica, por llamarla de alguna manera, de interrogatorio que consiste en sumergir la cabeza del detenido en agua hasta provocarle la sensación de ahogamiento— violara las leyes contra la tortura.

Proceso de combate porque se acogen las razones de estado mientras se desentienden las razones del derecho. Todo ello se inscribe en la involución del ordenamiento punitivo hacia formas premodernas, según el modelo que describiera Ferrajoli a partir de la experiencia italiana de los años de hierro, aquellos de la confrontación con el terrorismo y la refundación de una jurisdicción de excepción, modelo que se caracteriza por la recepción de técnicas inquisitivas de enjuiciamiento y de métodos de intervención típicos de la acción policial, lo que provoca una práctica judicial que se distancia de las reglas que disciplinan el proceso justo bajo la excusa de la gravedad y la singularidad del caso concreto. La razón de estado, que significa la sumisión de los medios a los fines, es incompatible con el proceso del estado de derecho —en esencia

lo contrario: subordinación de los fines políticos a medios jurídicos preestablecidos—, porque lo transforma en arbitrio policial o en justicia política, reproduce la lógica de la confrontación amigo-enemigo y busca su legitimidad, más allá y al margen de la estricta legalidad, en la opinión pública y en el consenso de los partidos políticos.

El proceso deja así de ser el espacio de comprobación de la hipótesis acusatoria, de averiguación de la verdad de un hecho pasado con respeto a los derechos individuales, y se configura en torno a una dimensión bélica, bajo el orden de la excepción como idea fuerza, convirtiéndose en mecanismo de lucha contra ciertos fenómenos criminales, cumpliendo la función de otorgar apariencia jurídica a meras prácticas inquisitivas. En ese marco de referencia deben encuadrarse hechos como la relativización de la tortura —por ejemplo, la propuesta en el ámbito norteamericano de regulación de mandatos de tortura con control jurisdiccional para autorizar el empleo de formas blandas de presión física “puramente dolorosas”, tales como la introducción de agujas esterilizadas bajo las uñas del sospechoso—, entre nosotros la admisión como prueba única para la condena de la confesión policial o el debate y las iniciativas de aceptación del asesinato de estado que se desarrollaron a partir de la promulgación de ley alemana de seguridad aérea, de 11 de enero de 2005, que autorizaba el derribo de una aeronave que hubiera sido secuestrada por terroristas y fuera a ser utilizada como proyectil contra objetivos civiles, que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional en su sentencia de 15 de febrero de 2006.

• El hierro en el anca

El judicial, constitucionalmente, es uno de los poderes del Estado.

Se va olvidando.

En el margen del papel de oficio figura la leyenda *Administración de Justicia*, pero es la Justicia la que, en cuanto poder estatal, va quedando cada vez más al margen.

En la bibliografía especializada, se extiende, como nueva mancha de contaminación institucional, la referencia al *servicio público judicial*. La idea, nacida hace un cuarto de siglo, parecía muerta. Era sólo un *nosferatu*.

Sugiere que la prestación de una tutela judicial efectiva es semejante al suministro de energía eléctrica, o al transporte público, o al sistema educativo, o a la sanidad. No será sino el objeto de la actividad de *otra administración*, de una estructura organizada de medios personales y materiales.

El truco está servido. El deslizamiento de la idea de *otra administración* (implícitamente: la que ha de servir al tercer poder del Estado) a *otra administración* dependiente, ésta, del gobierno estatal o comunitario no puede ser más fácil, porque palpita en el subconsciente de los constitucionalistas contagiados de administrativismo, cuando no administrativistas reciclados, incapaces de despegarse de sus prejuicios intelectuales.

Cualquier juez que desempeñe su cargo en una comunidad autónoma a la que se hayan transferido las competencias en materia de administración de justicia sabe que en los rótulos que indican la existencia de un órgano jurisdiccional sólo campea el hierro comunitario. El *usuario* no sabrá distinguirlo de un hospital, una escuela, la correspondiente agencia tributaria o la estación de autobuses.

¿O se trata precisamente de eso?

(¡No tire a la basura su viejo libro sobre la teoría y práctica de la unidad de poder y coordinación de funciones! ¡Aún puede serle muy útil!).

• Elisa Clinton

Era previsible.

Primero, una avispada periodista publicó la hagiografía (no podía ser de otro modo) del hombre que veía amanecer.

Luego, el propio iluminado (por los rayos del sol naciente, faltaría más) escribió su propio panegírico.

Tras sus huellas, surgió el hombre que susurró a los caballos la fórmula mágica para domesticar una Audiencia Nacional, cuyos órganos penales empezaban peligrosamente a desbocarse: tenían ideas propias y escrúpulos garantistas, olvidando que ellos debían manejar el Derecho Penal del (contra el) enemigo.

Como el piadoso legado pontificio Arnaud Amaury en Béziers, durante la cruzada contra los cátaros, se deshizo de buenos y de malos, para que Dios eligiera a los suyos. Sustituyó a titulares incómodos por comisionados hipotéticamente más manejables, y se quedó con quienes suponía que no habían de plantearle problemas. Todo iba a pedir de boca.

Pero ... ¡no es bueno que el hombre esté solo!

Así apareció ella. *Cherchez la femme*. ¡Pardiez, cuánta verdad!

Nadie ha explicado por qué fue nombrada portavoz (¿portavoza?) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid. Su presidente debía estar en una *hora baja* cuando tomó la decisión.

Ella, desde luego, no. Ella estaba decidida a potenciar el resistible ascenso de su Arturo Ui particular.

Así, aprovechando las sinuosidades del curso fluvial de un juicio estelar (con categoría de supernova) apareció el prototipo de un nuevo estilo literario: el encomio empalagoso del hombre de tu vida.

Al parecer, cobra por ello y sigue, a la vez, en su puesto. Y el presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en hora baja. Lo suyo se ha debido hacer crónico.

• Penurias de la jurisdicción penal

El incremento alarmante que se ha observado en la entrada de asuntos en las Secciones Penales de las Audiencias Provinciales de las grandes capitales en los últimos años, ha generado tal situación de desasosiego y saturación en el ámbito laboral de los magistrados que parece llegado el momento de analizar la situación y solicitar la adopción de medidas urgentes.

Antes de nada, conviene subrayar que lo acontecido era previsible a tenor de algunos datos relativos al contexto socio-económico perceptible en los últimos tiempos. Especialmente porque el incremento de la población trabajadora inmigrante ha sido tortíceramente aprovechado —con perjuicio para los propios trabajadores extranjeros— por ciertas bandas y grupos organizados de otras nacionalidades para introducirse en el país y perpetrar delitos de notable gravedad, circunstancia que auguraba un aumento de los asuntos penales que la realidad se ha encargado de confirmar. A este factor ha de sumarse la inflación punitiva que en algunas materias ha generado el nuevo Código Penal y sus posteriores reformas.

Con tales antecedentes no era difícil prever que el servicio de la administración de justicia iba a sufrir una demanda de prestaciones que no estaba preparado para asumir de no ampliarse notablemente los medios personales y materiales, o de permanecer la aportación presupuestaria en las constantes de parsimonia y cicatería impuesta por los responsables políticos.

Al propio Servicio de Inspección del CGPJ no le ha quedado más remedio que reconocer, en un informe del mes de julio de este año, que la jurisdicción penal se halla desbordada y que se precisa por tanto un aumento notable del número de tribunales y de magistrados en las ciudades con mayor población. Sin embargo, el informe del Servicio de Inspección se centra sólo en la vertiente cuantitativa del problema, orillando de forma palmaria toda ponderación de la dimensión cualitativa; lo que contribuye a exacerbar todavía más la gravedad de la situación, pues este segundo aspecto tiene en muchas ocasiones mayor trascendencia que la perspectiva estadística.

En efecto, no se computa en el informe del Servicio de Inspección que con la grabación de todos los juicios de los juzgados de lo penal y de un número ya importante de los juicios de faltas, el tiempo de trabajo para el examen de las apelaciones ha crecido de forma sustancial. Y es que, obviamente, no es lo mismo leer un acta de vista —que por ley puede incluso limitarse al “*contenido esencial*” de la prueba practicada (art. 788.6 de la LECr.)— que visionar la filmación de un juicio, que fácilmente dura más de una hora, y en no pocos casos obliga a repetir el examen para calibrar el alcance de algún testimonio relevante.

El nuevo medio de documentación, no hay duda, refuerza las garantías del sistema procesal y permite una revisión mucho más completa, exhaustiva y fundamentada del juicio, introduciendo una segunda instancia que prácticamente permite el reexamen completo de la primera. Ahora bien, ello conlleva también un incremento de tiempo de trabajo tan notable que, en no pocos supuestos, implica duplicar el dedicado al estudio de las causas en apelación. En la práctica es como repetir en la segunda instancia, aunque sea mediante el visionado de una película, el juicio celebrado en la primera. Ese plus de tiempo y de trabajo está totalmente desatendido en los informes del CGPJ y también en los presupuestos del Ministerio de Justicia. Y así resulta muy fácil disponer de una de las justicias con más garantías de la Unión Europea aplicando un sistema tan simple como el de imprimir reformas legislativas en los boletines oficiales del Estado, sin acompañar las innovaciones sustantivas y procesales de la dotación del personal judicial imprescindible para materializarlas.

En igual sentido se modificó la ley para dar la posibilidad de imponer a instancia de parte las vistas orales de los recursos contra autos de prisión, también sin ponderar el incremento de tiempo y las consecuencias que ello entraña en términos de horas dedicadas a los juicios en Sala.

Las modificaciones en la fase de ejecución de las condenas penales en el C. Penal de 1995 han sido numerosas y de diversa entidad, abriéndose en la fase de ejecución un abanico de posibilidades que aumenta sin duda alguna las garantías del justiciable, al permitir una mayor individualización de la ejecución de la pena de acuerdo con la personalidad del penado y sus posibilidades de rehabilitación. Sin embargo, tales reformas, que contienen aspectos muy positivos y elogiables, han derivado, lógicamente, en que la fase de ejecución en no pocas ocasiones suponga la apertura de un nuevo proceso en el que han de sopesarse nuevos datos y situaciones, ni siquiera tenidas en cuenta en la fase previa a la sentencia. De tal forma que el número de resoluciones relativas a la ejecución de las sentencias se ha incrementado de forma muy notable tanto en cantidad como en diversidad de contenido (autos de suspensión de condena ordinarios, autos de suspensión extraordinaria para supuestos de drogadicción, autos de suspensiones para enfermedades graves, sustituciones de penas, autos de expulsión, informes de indulto, autos de refundición de condenas, autos de ratificación y de modificación de medidas de seguridad y control y supervisión de su cumplimiento, etc).

Pues bien, este incremento de trabajo por razón de las resoluciones concernientes a la privación efectiva de la libertad del penado, que en muchos casos son recurridas además en súplica, y contra algunas de las cuales cabe incluso recurso de casación (autos de refundición de condenas), ni siquiera se computa en los erráticos módulos del CGPJ.

Tampoco se tiene en consideración en los informes del Servicio de Inspección del CGPJ el aspecto cualitativo relativo al incremento de los asuntos de especial complejidad, debido fundamentalmente a dos tipos de factores. En primer lugar, la implantación de cierta delincuencia organizada que genera una instrucción más compleja en los procesos penales y unas vistas orales que se dilatan en el tiempo y absorben por completo la atención de los tribunales provinciales en juicios que duran más de una semana. Y en segundo lugar, tampoco se considera debidamente las consecuencias derivadas del nuevo derecho penal de connotaciones administrativistas (delitos contra el medio

ambiente, ordenación del territorio, nuevos delitos de riesgo, delitos socioeconómicos, etc) en la labor de los tribunales, a pesar de la sobrecarga del trámite y el incremento de la complejidad de los asuntos que el tratamiento de esas infracciones lleva consigo.

Mención aparte merece la expansión punitiva en el ámbito de la familia. En los últimos tiempos se asiste a la hipercriminalización de cualquier conducta leve perpetrada dentro de ese marco, y se acude a la tutela penal para reprimir de forma claramente desproporcionada cualquier vulneración, incluso leve, producida en tal contexto, por ejemplo en materia de régimen de medidas personales y materiales aplicables en los supuestos de crisis matrimoniales. Y se ha transformado en delito cualquier menoscabo liviano de la salud o integridad física ocasionado en ese mismo espacio. Pues bien, no era muy difícil prever que tales reformas, muy cuestionables desde la perspectiva político-criminal, iban a generar un incremento muy importante de asuntos que no se ha visto acompañado, como era de presagiar, de la dotación adecuada de medios que solventara la nueva situación.

No hay que ser un experto en la materia para percatarse de que ese cúmulo de factores ha repercutido de forma preocupante en la calidad y el tiempo dedicado a las deliberaciones. Hasta el punto de que no resulta exagerado afirmar que los tribunales colegiados se han reconvertido en gran medida en expeditivos juzgados de guardia.

Como puede fácilmente comprenderse, los módulos de trabajo existentes en las grandes capitales se contradicen de modo ostensible con la dedicación, el sosiego y la sensibilidad que han de primar en resoluciones que afectan directamente a los derechos más fundamentales de la persona, y resultan totalmente incompatibles con las exigencias de motivación establecidas por la doctrina del Tribunal Constitucional. Porque, cómo no, también se pretende de los magistrados el más alto nivel de motivación de las resoluciones de todo el entorno jurídico europeo.

Todo lo apuntado adquiere todavía mayor relevancia si se repara en que las Audiencias, al resolver en apelación, establecen pautas y criterios interpretativos que han de aplicar los órganos de instancia. Ello exige un estudio sosegado y detenido de los problemas y su deliberación ponderada por el tribunal. Y no sería pedir mucho que una Sala de esa naturaleza esté al día en ciertas lecturas jurídicas, como, cuando menos, la de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, vinculante en las resoluciones a dictar. Sin olvidar las consultas ineludibles de la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo en momentos en que se opera con un nuevo Código Penal y con sus reiteradas reformas legislativas, presos de la vorágine reformadora de los dos partidos políticos mayoritarios, cuyos resultados electorales parecen depender del número de modificaciones que durante una legislatura consigan imponer contra reloj en el texto punitivo.

El electoralismo en que se vive de manera permanente, sin duda desaforado tanto respecto a las formas como a los contenidos, impide adoptar cualquier clase de decisión seria y rigurosa que produzca efectos a medio plazo. En lo que atañe al marco de lo punitivo, ha derivado en la implantación de un derecho penal simbólico que transfiere al ámbito jurisdiccional penal muchos de los problemas que los profesionales de la política tendrían que resolver en otros campos ajenos al judicial. De todo ello no son más que un fiel reflejo las veinte reformas que *sufridas* por el C. Penal de 1995 desde su entrada en vigor.

La precariedad de la situación en curso se ha acentuado en el último año al restringir el Ministerio de Justicia el presupuesto para la asignación de magistrados suplentes. De modo que ahora la solicitud de un magistrado suplente para la sustitución del titular con motivo, por ejemplo, de la asistencia de un curso de formación en el CGPJ o en otro centro, se deniega de forma automática. Con lo que la asistencia a un curso o la atención a una urgencia familiar, supone que, al regresar al despacho, haya que afrontar un número estratosférico de ponencias acumuladas sobre la mesa.

Para resolver la grave situación generada se considera que no sólo deben tomarse medidas en el ámbito de la dotación de medios personales y materiales, sino que también se precisan urgentes medidas legislativas que reformen las normas procesales. Y

así, por ejemplo, resulta totalmente incomprensible que magistrados de una Audiencia Provincial con más de quince años de profesión se dediquen a revisar en apelación sentencias de juicios de faltas relativas a injurias o peleas de vecinos que podrían ser enjuiciadas por jueces no profesionales. Y, además, que las supervisen visionando el juicio de faltas en su integridad en la segunda instancia.

También resulta necesaria una modificación del sistema de admisión a trámite de los recursos de apelación, por cuanto en muchos casos se recurre con absoluta falta de motivación y de razón en presencia de delitos claramente flagrantes en los que se cuestiona de forma meramente retórica y formal la apreciación de la prueba. Es probable que resultara positivo a este respecto derogar el último párrafo del artículo 35 de la Ley de Asistencia Gratuita, de 10 de enero de 1996.

Por último, debiera reformarse urgentemente la Ley de Demarcación y Planta Judicial con el fin de adecuar el número y la composición de los órganos judiciales a las necesidades reales que tiene la jurisdicción penal en cada uno de los territorios del Estado.

• Un momento anticonstituyente

No puede cuestionarse el valor y la dimensión de la Constitución como regla fundacional, como marco de generación y de protección de derechos y libertades ni tampoco como regla de distribución del poder. La Constitución se encarga de responder de forma esencial a tres preguntas basilares cuyas respuestas sirven para delimitar el campo de juego del sistema de convivencia de una sociedad determinada: quién ejerce el poder, qué poder y cómo debe ejercerse el poder transferido.

Es obvio, también, que las respuestas que ofrece la Constitución no son codicistas, reglamentaristas, no comparten el grado de precisión propia de las leyes. La Constitución pluralista, por esencia, genera un espacio que lo ocupa *la política constitucional*. Son los agentes del poder (parlamento, grupos sociales, partidos políticos, opinión pública) los comisionados por la propia Constitución para activar las concepciones vigentes en un momento político y social determinado y para administrar la regla de poder con el fin, entre otros, esencial de que la propia Constitución, nacida en una circunstancia histórica y social determinada, no se convierta en un instrumento tiránico y antidemocrático que pueda llegar a comprometer su funcionalidad y, por tanto, su desarrollo.

En palabras de Zagrebelsky, ya no es desde la Constitución desde donde se debe mirar la realidad sino que es desde la realidad desde donde debe mirarse a la Constitución. Esta no tiene la función de establecer un proyecto determinado de vida en común sino la de permitir las condiciones de posibilidad de la misma.

Precisamente, lo propio y característico de las formulaciones constitucionales pluralistas y abiertas reside en su elasticidad, en su capacidad autotransformadora y supletoria para la búsqueda de nuevas soluciones a partir de la proyección de los valores en los que se basa. Una Constitución pluralista, por esencia, no puede cerrar la puerta al debate sobre los valores, sobre la necesidad de actualizar su sentido y sus fines para buscar nuevos objetivos de dignificación y de progreso en el ejercicio efectivo de los derechos y libertades públicas.

La indeterminación prescriptiva de la Constitución hace que una parte esencial de su contenido se presente bajo cláusulas de textura abierta, pero ello, lejos de constituir un defecto, es la precondition esencial para cumplir las funciones para las que fue aprobada en un momento histórico constituyente y por una sociedad determinada. Ello es lo que permite precisamente preservar y garantizar su valor suprageneracional.

Pero dicha interacción entre Constitución, política constitucional y sociedad no significa que puedan prescindirse de mínimas reglas de juego, de elementales mandatos de fidelidad a un proyecto abierto, pero materialmente significativo, que permita seguir identificando las razones del compromiso constitucional: el pluralismo, la justicia, la libertad, el progreso, en fin, de los derechos y libertades.

La confianza que deposita la Constitución en los agentes constitucionales reclama también que éstos se la merezcan. La fortaleza de la Constitución reside en buena medida no en la perfección normativa de su texto, ni en las fuentes originales que la inspiraron sino en que los llamados a desarrollarla, a utilizarla, como instrumento de progreso y de convivencia sepan extraer de aquélla toda la sus dimensión transformadora.

Cuando los agentes constitucionales incumplen su mandato, cuando desconocen su grave responsabilidad, cuando malbaratan sus deberes, cuando abusan del poder concedido, la Constitución se empequeñece, se reduce a un material normativo percedero, debilitado, manipulable, se le priva, en fin, de dignidad y de la fuerza que aún a y estimula el desarrollo político y social. La fuerza de la Constitución reside, esencialmente, en que todos los agentes constitucionales la respeten y, sobre todo, en la toma de conciencia que de no hacerlo pierden la legitimidad en el ejercicio del protagonismo concedido.

La historia del constitucionalismo ofrece buenos ejemplos. Tal vez el más valioso, por su carácter *decanal*, es el que nos muestra la historia constitucional norteamericana. Cuando los agentes constitucionales fueron incapaces de comportarse como la Constitución les exigía, ésta fue también incapaz de evitar el colapso moral de una sociedad que se deslizó por una pendiente resbaladiza de enfrentamiento y desestabilización. Cuando la política dejó de ser constitucional, cuando los encargados de su custodia y de su desarrollo violaron sus mandatos de protección, de dignidad y de libertad, la Constitución se hizo pequeña. El momento anticonstituyente que precedió a la guerra de secesión —en el que la Corte Suprema tuvo, por cierto, un papel destacado con la indigna decisión en el *caso Dred Scott contra Stanford*— arruinó el sistema constitucional, lo redujo a cenizas. Ello, no obstante, no impidió, que finalizada la contienda y desde las cenizas se tomara conciencia de la necesidad de la reconstrucción constitucional mediante su reforma y la introducción de enmiendas, entre ellas la más importante la del proceso debido, que permitió recuperar la sinergia constitucional.

Cada proceso constitucional presenta singularidades, por eso no cabe hacer equiparaciones, pero tampoco ocultar que el momento presente de nuestro país justifica una honda preocupación. Algunos de los agentes constitucionales, los comisionados por la propia Constitución, en la confianza de su compromiso, están dando evidentes ejemplos de comportamiento desleal y abusivo.

La situación por la que está atravesando el Tribunal Constitucional, el bloqueo para el cumplimiento de mandatos constitucionales de desarrollo de instituciones básicas para la preservación del sistema constitucional permite apreciar un grado de deslealtad nunca visto en nuestra historia constitucional.

Comprometer por razones espurias el sistema de pesos y contrapesos, reduciendo la imagen y el valor del Tribunal Constitucional a mero campo de operaciones partidistas, como espacio para extraer ventajas tramposas no solo debilita una institución basilar sino que empequeñece la propia Constitución, desprovuyéndola de futuro, comprometiéndolo los fundamentos de nuestro sistema de convivencia y la energía de la que cabe extraer el progreso de nuestras libertades.

Cuando un órgano constitucional se paraliza como, por ejemplo, el Consejo General del Poder Judicial, cuando los agentes constitucionales son incapaces de conformar un mínimo acuerdo que permita que éste satisfaga los fines y las funciones constitucionales no se está simplemente afectando al órgano, se está violando la Constitución.

Cuando se trasmite la imagen social de que los árbitros de la Constitución no son tales, sino instrumentos del enfrentamiento político no se está solo comprometiendo la percepción social de que el Tribunal Constitucional cumple mal la función que la Constitución le asigna, se está, llanamente, reduciendo la Constitución a escombros.

Cuando los agentes constitucionales están incumpliendo gravemente sus deberes, nos situamos en un momento anticonstituyente, del que los juristas deberíamos ser particularmente conscientes.

Cuando los legitimados por la regla del poder constitucional utilizan los mecanismos de ejercicio para *adaptar* los órganos constitucionales a sus intereses más coyunturales y, por ello, más groseramente partidarios se está simplemente privando a la sociedad española de la razón fundacional de su convivencia en libertad.

Es evidente que cabe identificar diferentes grados de responsabilidad entre los agentes que coparticipan de este proceso de reversión en valores pero no podemos olvidar la aportación causal y necesaria de todos ellos en la situación que vivimos. Cuando se nombró como guardián de la Constitución a un exgobernador franquista —y ex Jefe Provincial del Movimiento— lo fue con el apoyo de tres quintas partes de la Cámara. Se podría decir sobre esta cuestión que la historia personal no condiciona el presente y el futuro. Se podría decir que en experiencias constitucionales próximas, como la italiana, un vicepresidente de la Corte Constitucional fue miembro del Partido Fascista, pero la gran diferencia es que cuando se nombró a Constantino Mortati, todos los agentes políticos que intervinieron en su designación sabían de su capacidad y de su aportación a la creación de los fundamentos del estado constitucional italiano, pese a su pasado. Cuando se nombró a García Calvo, muchos de los que le votaron desconocían sus capacidades como guardián de la Constitución y solo les constaban sus servicios a la dictadura y pese a ello le escogieron.

Cuando desde la mayor deslealtad constitucional por el partido de la oposición se cuestionó la imparcialidad de un magistrado del Tribunal Constitucional, el gobierno también respondió de la misma manera.

La situación es crítica. Los patéticos esfuerzos intraorgánicos para que el Tribunal Constitucional pueda seguir cumpliendo su función imprescindible contrastan con la indolente actitud de desprecio y derrumbe al que está sometido por los agentes encargados, precisamente, de su protección.

El momento anticonstituyente puede reducir nuestra Constitución a escombros y, con ella, nuestras aspiraciones de progreso y libertad.

Un órgano de opinión animado por jueces, que son jueces de la Constitución, debe hacerse eco de tal gravísimo estado de cosas y denunciarlo. Como dice Edward Lazarus, *es importante llamar basura a la basura. Si no lo hiciéramos estaríamos legitimándola.*

EXTRACTOS/ABSTRACTS

El juez en la literatura

Andrea Camilleri

El autor pasa revista en este texto a los modelos de juez de que guarda memoria por sus lecturas y reflexiona agudamente sobre cada uno de ellos, con un punto de distanciamiento y escepticismo, que hace compatible con el respeto por quien afronta con profundo sentido de la responsabilidad ese cometido.

The author reviews in this text the models of judge of which he keeps memory by his readings and he reflects shrewdly on each one of them, with a point of distancing and scepticism, that makes compatible with the respect for who faces that assignment with a deep sense of responsibility.

Ciudadanos, educación, Estado y obediencia al derecho

Germán Gómez Orfanel

En el siguiente texto, se analiza el debate sobre las enseñanzas de Educación para la Ciudadanía, subrayando algunos de sus componentes ideológicos, políticos y jurídicos. Se presta especial atención al papel y límites de la acción del Estado, y al movimiento de objeción de conciencia que pretende la inmunidad respecto al incumplimiento de normas jurídicas, así como a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y TEDH sobre dichas cuestiones.

In the following text, it is analyzed the debate on the lessons of Education for the Citizenship, emphasizing some of its ideological, political and legal components. It is paid special attention to the role and limits of the action of the State, and to the movement of conscientious objection that claims the immunity with regard to the breach of legal rules, as well as to the jurisprudence of the Spanish Constitutional Court and the ECHR on these questions.

Tensiones político-criminales en el proceso penal

Alberto Binder

“El proceso penal está sometido a necesidades político-criminales. Ello es obvio. Lo que no lo es tanto es el modo como nos preocupamos de ello. Al pensamiento democrático le ha costado ocuparse de las necesidades político-criminales del proceso penal sin dejar de ser democrático y sin debilitar la proclama del cumplimiento estricto de las garantías. Ello ocurre no tanto por razones ideológicas sino por una insuficiente forma de análisis de la Política Criminal. La emergencia de una nueva disciplina (El Análisis Político-Criminal) nos permite superar los modos como el Derecho Penal y la Criminología han pensado estos temas y nos permite recuperar una agenda sobre la eficacia de la

persecución penal que supere con creces el pensamiento primitivo de la retórica de la mano dura, las nuevas formas de la vieja Doctrina de la Seguridad Nacional y la recurrente burla fascista a las libertades públicas.”

The penal process is subordinated to political-criminal needs. That is obvious. What is not so obvious is the way we worry about it. For the democratic thought it has been difficult to pay attention to the political-criminal needs of the penal process without stopping of being democratic and without debilitate the proclamation of the strict fulfilment of the guarantees. It happens not so much because of ideological reasons but because of an insufficient form of analysis of the Criminal Policy. The emergency of a new discipline (the Political-Criminal Analysis) allows us to overcome the ways as the Criminal Law and the Criminology have thought these subjects and it allows us to recover an agenda on the effectiveness of the penal persecution that fully surpasses the primitive thought of the rhetoric of the hard hand, the new forms of the old Doctrine of the National Security and the recurrent fascist jeer about the public freedoms.

Representación y responsabilidad política

Carlo F. Ferrajoli

El trabajo se propone elaborar una noción de responsabilidad política que dé cuenta de sus diferencias con la responsabilidad jurídica y que explicita la relación necesaria y biunívoca de la misma con el fenómeno de la representación política. Así, resulta un útil instrumento de análisis e interpretación de las múltiples relaciones representativas que caracterizan a los actuales ordenamientos democráticos. En éstos se distingue la especificidad de la relación de confianza en las formas de gobierno parlamentaria, en las que la multiplicidad de instrumentos jurídicos idóneos para hacer valer la responsabilidad del ejecutivo debería asegurar un control de su representatividad.

The work sets out to elaborate a notion of political responsibility that gives account of its differences with the legal responsibility and that specifies the necessary and reciprocal relation of that one with the phenomenon of the political representation. In that way, it is a useful tool for the analysis and interpretation of the multiple representative relations that characterize the current democratic legal systems. In these it is distinguished the specificity of the relation of confidence in the parliamentary forms of government, in which the multiplicity of suitable legal instruments to assert the responsibility of the executive should assure a control of its representativeness.

Responsabilidad política y reponsabilidad penal: dos conceptos radicalmente distintos

Rafael Bustos Gisbert

En el presente estudio se pretende poner de manifiesto la importancia de diferenciar la responsabilidad política de la responsabilidad penal. Para ello se estudia la primera desde su formulación original en el Reino Unido y las funciones que está llamada a cumplir en un sistema parlamentario y las negativas consecuencias que su progresiva identificación con la responsabilidad penal. Por último se hacen unas breves reflexiones sobre la necesidad de interpretar hoy la responsabilidad política como la obligación gubernamental de rendir cuentas por sus actos ante el parlamento.

In the present study it is tried to show the importance of differentiating the political responsibility from the criminal responsibility. For it, the first one is studied from its original formulation in the United Kingdom and functions that it is called to fulfil in a parliamentary system and the negative consequences of its progressive identification with the criminal responsibility. Finally some brief reflections are made on the need of interpreting nowadays the political responsibility as a governmental obligation to render accounts of their acts before the parliament.

Las fosas de Franco y la diligencia debida del Estado ante el crimen de desaparición forzada a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Miguel Angel Rodríguez Arias

La cuestión de las denominadas “fosas de Franco” y los miles de defensores de la Constitución española de 1931 mantenidos, todavía hoy, en una situación de desaparición forzada en abierta consumación permanente, ha venido suponiendo una situación de auténtica excepción al normal cumplimiento de los deberes internacionales de tutela de los derechos humanos por parte de cualquier Estado de Derecho respecto *toda persona* bajo su jurisdicción.

Ante esto, y frente a planteamientos reparatorios parciales, limitados al plano del homenaje, adquirirá especial relevancia la denominada obligación de *diligencia debida* del propio Estado, concepto desarrollado en lo internacional a partir de distintos casos de desapariciones forzadas suscitados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos conducentes a la condena de Estados como Honduras, Guatemala o Salvador, y cuya plena observancia por parte de España ante la desaparición de los Defensores de la Segunda República continúa aún pendiente.

The question of the so called «Franco's pits» and the thousands of defenders of the Spanish Constitution of 1931 kept, still today, in a situation of forced disappearance in opened permanent consummation, is being supposing a situation of authentic exception in relation with the normal fulfillment of the international duties of tutorship of human rights by any Constitutional State in reference to every person under its jurisdiction.

Before this, and opposite to partially compensating approaches, limited to the honorific level, it will acquire special importance the obligation called of due diligence of the State itself, concept developed in the international area from different cases of forced disappearances presented before the Inter-American Court of Human Rights and which have conducted to sentences against States as Honduras, Guatemala or Salvador, and whose full observance on the part of Spain before the disappearance of the Defenders of the Second Republic continues still pending.

Una alternativa a las alternativas. Patrones para la solución de conflictos

Michele Taruffo

El autor discurre sobre la naturaleza de las ADR (Alternative Dispute Resolution) y sobre los aspectos que las separan de la jurisdicción como medio de resolución de conflictos. Y pone el acento en que la mayor virtud que se predica de las mismas en la actual situación del proceso en muchos países es que constituyen una ventaja, en

términos de rapidez, frente a la lentitud de la segunda. Esto impide hablar de libertad en la opción, a lo que hay que añadir que cuando en los conflictos hay implicación de derechos, su resolución exige un tratamiento constitucionalmente idóneo de éstos, que los ADR no están en condiciones de ofrecer.

The author reflects on the nature of ADR (Alternative Dispute Resolution) and on the aspects that separate them of the jurisdiction as means of resolution of conflicts. And he stresses that the greater virtue that it is said about them, in the present situation of the process in many countries, is that they constitute an advantage, in terms of speed, in front of the slowness of the second. This prevents from speaking about freedom of option, having to add that, when there is an implication of rights in the conflicts, their resolution demands a constitutionally suitable treatment of these, which the ADR cannot to offer.

Una aproximación judicial a la reclamación de contingencias derivadas de la toma de control de empresas (compraventa de empresas)

José María Fernández Seijo

La compraventa de empresas es un instrumento muy común en tráfico económico, pues la empresa se ha convertido en una mercancía en sí misma. La globalización de la economía y del derecho ha determinado que instituciones de derecho anglosajón se hayan introducido en los contratos de compra de sociedades y que esa misma tradición extraña se haya de aplicar para resolver los conflictos judiciales derivados de estas operaciones.

El trabajo pretende describir esta tensión entre las formulaciones tradicionales del derecho civil y mercantil español y los instrumentos legales americanos o ingleses cuyo uso se ha normalizado en la práctica totalidad de los tribunales internacionales. El estudio es eminentemente descriptivo de los principales problemas y de las soluciones que han dado los tribunales españoles, soluciones muy vinculadas a los problemas concretos lo que ha dado lugar a pronunciamientos contradictorios.

The transaction of companies is an instrument very common in economic traffic, because the company, itself, has become merchandise. The globalization of the economy and the law has determined that institutions of Anglo-Saxon Law have been introduced in contracts of purchase of corporations and, as a consequence, that same strange tradition has to be applied to decide the judicial conflicts derived of these operations.

The work tries to describe this tension between the traditional formulations of the civil and mercantile Spanish Law and the American or English legal instruments whose use has been standardized in almost all the international courts. The study is principally descriptive of the main problems and the solutions that have been given by the Spanish courts, which are quite linked to the specific problems, producing contradictory judgments.

Costa Rica: El TCL y la mutilación del Estado

Walter Antillón

Con un texto de unas dos mil seiscientas páginas que acogen a más de dos mil normas, el TLC prácticamente iguala en número y se superpone al sistema normativo vigente, pues como 'tratado internacional' está por encima de la ley ordinaria. Sus efec-

tos son penetrantes en muchos aspectos, desde las telecomunicaciones y los seguros hasta las marcas y patentes, las compras del Estado y la importación masiva de productos extranjeros. Pero lo más grave es la mutilación que acarrea en la estructura del Estado, con un severo debilitamiento de los derechos del pueblo costarricense.

With a text of approximately two thousand six hundred pages that incorporates more than two thousand rules, the TLC practically equals in number and superposes the current normative system, since as “international agreement” it is above the ordinary law. Its effects are penetrating in many aspects, from the telecommunications and insurances until the brands and patents, the purchases of the State and the massive import of foreign products. But the most serious thing is the mutilation that it involves in the structure of the State, with a serious weakening of the rights of the Costa Rican people.

¿Delito político o común? A propósito de la providencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 11 de julio de 2007

Fernando Velásquez V.

A raíz del proceso de paz liderado por el Gobierno colombiano con un sector de los actores armados, que llevó a la expedición de una normatividad especial denominada Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), el autor examina los alcances de una decisión emitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia el pasado once de julio de 2007 en la que, luego plurales antecedentes en otro sentido emanados del ese mismo organismo, se afirma que los llamados “paramilitares” no pueden ser asimilados a sediciosos, como lo dispuso el artículo 71 de esa ley declarado inexecutable por vicios de forma.

From the process of peace led by the Colombian Government with a sector of the armed actors, that led to the expedition of a special regulation named Act of Justice and Peace (Act 975 of 2005), the author examines the scopes of a decision emitted by the Section of Penal Cassation of the Supreme Court of Justice of Colombia last July, eleven, 2007 in which, after plural precedents in different sense expressed by the same organism, it is assured that the so called «paramilitary» cannot be assimilated to seditious, as it was arranged by the article 71 of this act declared inapplicable for formal vices.

