

JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACIÓN Y DEBATE

G. Tognoni, El laboratorio griego. **M. Miranda Estrampes**, La memoria histórica ante el Tribunal Constitucional. **J. A. González Vega**, Apuntes críticos en torno a la ATCI/TTIP. **A. Seoane García**, El hundimiento de la rama social del derecho. **L. Prieto Sanchís**, Los derechos sociales como derechos fundamentales. **M. J. Osuna Cerezo**, Los delitos de odio. **J. Nieva Fenoll**, Investigaciones internas de la persona jurídica. **C. Vázquez**, El caso Daubert. **S. de Carvalho-L. C. Lins**, La crisis y la ruptura del orden democrático en Brasil. **R. Davidson-B. Lloyd-A. Payter**, Las últimas reformas en materia de extradición en el Reino Unido. **A. Landoni Sosa**, Semblanza de Eduardo J. Couture.

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

En este número: Landoni Sosa, Ángel, profesor de Derecho Procesal y abogado. Uruguay.
Davidson, Rosemary, abogada, Bufete 6 KBW, College Hill (Londres).
De Carvalho, Salo, Universidad Federal de Rio de Janeiro (Brasil).
González Vega, Javier A., catedrático de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Universidad de Oviedo.
Lins, Liane Cirne, Universidad Federal de Pernambuco (Brasil).
Lloyd, Ben, *abogado, Bufete 6 KBW, College Hill (Londres)*.
Miranda Estrampes, Manuel, fiscal ante el Tribunal Constitucional.
Nieva Fenoll, Jordi, catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Barcelona.
Osuna Cerezo, María José, teniente-fiscal en Tarragona.
Payter, Adam, *abogado, Bufete 6 KBW, College Hill (Londres)*.
Prieto Sanchís, Luis, catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Castilla-La Mancha.
Seoane García, Antonio, magistrado de lo Social. Madrid.
Tognoni, Gianni, médico, epidemiólogo, Istituto di ricerche Mario Negri, Milán (Italia).
Secretario del Tribunal Permanente de los Pueblos Fundación Internacional Lelio Basso).
Vázquez, Carmen, profesora de Filosofía del Derecho, Universidad de Girona.

Jueces para la Democracia. Información y Debate

Publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*

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

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

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

Precio de este número: 10 € (IVA incluido)

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

Europa: 34 €

Resto: 40 €

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

ÍNDICE

Pág.

Debate

- *El laboratorio griego de experimentación de un derecho internacional “patas arriba”, Gianni Tognoni.* 5
- *La memoria histórica ante el Tribunal Constitucional, Manuel Miranda Estrampes.* . 13
- *Apuntes críticos en torno a la “Asociación Trasatlántica para el Comercio y la Inversión” (ATCI/TTIP), Javier A. González Vega.* 32
- *El hundimiento de la rama social del derecho, Antonio Seoane García.*..... 42

Estudios

- *Los derechos sociales como derechos fundamentales, Luis Prieto Sanchís.* 47
- *Los delitos de odio. (Análisis del artículo 510 del Código Penal: unos tipos penales con imprecisas fronteras), María José Osuna Cerezo.* 60

Teoría/práctica de la jurisdicción

- *Investigaciones internas de la persona jurídica: derechos fundamentales y valor probatorio, Jordi Nieva Fenoll.* 80
- *La prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso Daubert, Carmen Vázquez.*..... 92

Internacional

- *La crisis y la ruptura del orden democrático en Brasil. (Sobre el ambiente político y los fundamentos de la imputación de delito de responsabilidad contra Dilma Rousseff), Salo de Carvalho y Liana Cirne Lins.* 113
- *Las últimas reformas en materia de extradición en el Reino Unido. Algunas implicaciones prácticas, Rosemary Davidson, Ben Lloyd y Adam Payter.* 128
- *Semblanza de Eduardo J. Couture, Ángel Landoni Sosa.*..... 148

Apuntes

- *Ministerio fiscal: ¿del ministerio del Interior?*..... 152
- *Ausbanc y los jueces.*..... 154
- *La andaluza, una justicia mal aconsejada.* 155
- *El ministerio fiscal y el pan con tomate.*..... 155
- *Y ellos se juntan.* 155

Extractos/abstracts..... 157



JUSTICIA

¿AÚN NO CONOCE SANTANDER JUSTICIA?

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

Descubra todas las ventajas.

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



Santander

DEBATE

EL LABORATORIO GRIEGO DE EXPERIMENTACION DE UN DERECHO INTERNACIONAL ‘PATAS ARRIBA’

Gianni TOGNONI

EL PORQUÉ DE UN TÍTULO

Lo que está pasando —desde hace años— en las relaciones entre la realidad de la nación y del pueblo de Grecia y las instituciones económicas, políticas y financieras de Europa, del FMI y los bancos, ha sido tan descrito y discutido en todas las crónicas y los análisis que hace inútil cualquier repetición de los detalles. Quizá las reflexiones que siguen pueden ser suficientes para justificar la calificación de «laboratorio experimental» que se propone como hipótesis de trabajo en la primera parte del título, y para documentar cómo la experimentación con Grecia es parte del programa dirigido a poner el derecho internacional «patas arriba» en lo relativo al gobierno de la economía-financiarizada (1).

1. No hay duda que técnica y fácticamente el tamaño del problema de la deuda griega —la incapacidad del país de cumplir con las condiciones puestas por el conjunto de actores que integran la(s) troika(s)— es ridículamente pequeño para constituir una verdadera amenaza a la estabilidad-seguridad de la economía y de la política europea y/o global.
2. No obstante, las crónicas, tanto periódísticas como académicas, que describen las transformaciones de la sociedad griega en los últimos años, coinciden con la presentación de una situación, donde las recetas prescritas para «cuidar» del país han tenido consecuencias dramáticas en la(s) vida(s) individuales, colectivas, y en la cultura de la población.
3. Hay una desproporción absoluta entre los escenarios propuestos que confrontan dos «puntos de vista»:

de un lado, la dura obligatoriedad de reglas que hacen referencia a bienes-valores-exigencias dictadas por modelos de *governance* estrictamente económico-financieros;

del otro lado, la transformación de indicadores de derecho —declarados y aceptados como universales y descriptores inviolables de la dignidad de las vidas— en «variables» opcionales y/o efectos previstos —pero calificados como colaterales e inevitables— de los modelos-ideologías de *governance*.

4. No hay nada de «original» en el laboratorio experimental griego: los escenarios corresponden, didácticamente, a los programas de ajustes estructural (progresivamente económica y comercialmente global) que a partir sobre todo de los años 80 se han aplicado (y, según versiones variables, se aplican) a países del Sur del mundo. La gran novedad griega está en el hecho que el modelo de intervención-ajuste se aplica en una región de un Norte que sigue siendo incapaz de dotarse de una identidad política, y en un país económicamente insignificante, pero histórica, cultural y estratégicamente central (por las tantas obvias razones que no hace falta reiterar).
5. El laboratorio experimental griego (como todos los laboratorios que se respetan si quieren producir resultados fiables) ha sido construido cuidadosamente, con una atención grande dirigida a aislarlo de las otras situaciones en riesgo, cuyo acrónimo, PIGS, (4 o 5 países, según quienes estuvieran representados en la I), traducía con extremada eficacia el pre-juicio sustancial sobre la fiabilidad y el peso de los mismos países. El primer producto del laboratorio experimental estaba bien programado: producir un modelo visible y eficiente-eficaz para generar miedo y obediencia debida. Concentrando y haciendo más evidentes las consecuencias, se obligaba a los «sujetos en riesgo» no a la solidaridad, si no mas bien a desempeñar un rol de espectadores mas o menos dispuestos a confirmar la bondad científica y el poder educativo de lo que se estaba produciendo en el laboratorio elegido como modelo mas adecuado para el objetivo.
6. El objetivo mismo se hacia en este sentido propositivamente claro: documentar —*beyond any reasonable doubt*, en el corazón mismo de la región que en el mundo global había representado la centralidad y el papel de protagonista de los derechos univerales— que la situación de «patas arriba» de las relaciones Norte-Sur del mundo no podía limitarse a los hechos: había llegado, el momento de poner también «patas arriba» los principios mismos y los criterios rectores de jerarquía de las relaciones entre los derechos patrimoniales y los de las personas.

ESCENARIOS MODELO DE EXPERIMENTACIÓN

El laboratorio modelo de Grecia reproduce de manera ejemplar —a nivel poblacional, y con herramientas-procedimientos diferentes pero perfectamente comparables— una de las situaciones que expresan de forma más didáctica el des-encuentro entre derechos de las personas declarados imprescindibles y reglas sociales y administrativas que rigen la producción de «bienes de consumo». Me refiero a la experimentación clínica de medicamentos. Pacientes/ciudadanos son «declarados» beneficiarios de los ensayos clínicos controlados, que se definen como los instrumentos metodológicamente fiables para documentar si una intervención modelada según conocimientos «científicos» en modelos-escenarios-laboratorios no-humanos pueden producir ventajas cuantitativas y cualitativas en la solución de problemas de salud/enfermedad/autonomía de vida. Los «principios» dicen que para respetar los derechos de los pacientes, la experimentación debe ser independiente de conflictos de intereses, y desarrollarse con el consentimiento informado de aquellos. Las «normas» concretas —sometidas a procesos de «ajuste» operativos, administrativos, legislativos— definen escenarios (infinitamente documentados en la literatura mas respetada, clínica, bioética, de salud publica) que aún en el lenguaje traicionan la cultura y la metodología que supuestamente se aplican. *Recruitment* es el término que define la participación-selección de los sujetos: la experimentación se hace «en», y no «con» personas; la información proporcionada a un grupo de individuos con el mismo problema pero sumamente heterogéneos (por razones de edad, sexo,

condiciones culturales) prevé un mismo texto fijo que se debe firmar (a pesar de las condiciones de asimetría contractual existente entre médicos que dicen que lo que se propone es para «hacer bien» y personas con una enfermedad que no se sabe realmente cómo tratar). Investigaciones independientes documentan que en el >70% de los casos los contenidos y las implicaciones del texto informativo no pueden producir un consentimiento válido. Más del 80% de las experimentaciones se hacen solo para evaluar medicamentos en búsqueda de mercado, y son promovidas por laboratorios farmacéuticos transnacionales que cumplen con procedimientos legalmente válidos, pero que (como todas las entidades multinacionales privadas, en todos los campos) se declaran «éticamente» sin obligaciones ni responsabilidad en términos de legitimidad de lo que se hace. Los costos y las ganancias de la experimentación son estrictamente confidenciales aun cuando se traducen en productos tan caros, que su entrada en el mercado determina un aumento de la desigualdad en el acceso a los cuidados (es decir en la atribuibilidad concreta de los derechos para quienes los necesitan).

La economía y la el capital financiero, algo bien reconocido aun en las revistas científicas mas prestigiadas (2), no quieren la «investigación controlada», que es la regla mínima, conceptual y metodológica, de la experimentación médica. Menos aún, la economía-capital financiero incluye como criterio imprescindible de evaluación de su éxito el destino concreto, en el corto-medio-largo plazo, de las personas y las poblaciones. Se decide a priori que estas representan variables excesivamente complicadas y sobre todos extrañas a las modelizaciones generalizables. Las vidas de las personas pertenecen a otro orden. No se puede ni imaginar un código externo, obligatorio si no en términos de *wishful thinking*, de declaraciones de buenas intenciones, de *bona fide*. Las personas-poblaciones «enfermas de economía» reciben una información que no las considera como sujetos, sino como objetos *sobre* los que se experimentan modelos que tienen como cuadro dogmático-metodológico de referencia un triple sesgo-pre-juicio:

Para hacer bien, los ajustes pueden-deben, durante un tiempo que no se puede cuantificar cuidadosamente, hacer mal, incrementar un malestar profundo (¿*shock economy*, como reproducción de terapias practicadas para enfermos no controlables con electrochoque y/o lobotomías y/o malarioterapia?).

Una información fiable que permita autonomía no puede ni debe ser compartida. Los mecanismos de las enfermedades económico-financieras son excesivamente complicados, y tocan los intereses vitales de los dueños de la experimentación, que son los actores privados-públicos a que es obligatorio dar confianza como garantes de derechos «sustentables» (la representación más didáctica, de esta actitud, directamente relacionada también con el caso de Grecia y el FMI, se encuentra en el último film de R. Andò, *Le confessioni*).

La no-obediencia al «cuidado modelo» que se ofrece no permite el acceso a otros cuidados capaces de garantizar derechos: el destino puede solamente ser peor: y los dueños no son tan pacientes.

SALUD-ENFERMEDADES COMO INDICADORES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA CON DIGNIDAD

La breve comparación propuesta en el párrafo precedente entre lo que pasa en la experimentación controlada clínica, y en la masiva experimentación no controlada que está protagonizando la sociedad global, no es la expresión de mi sesgo profesional de médico que trabaja en farmacología, epidemiología, salud pública. Lo que ocurre a las vidas de individuos y comunidades humanas es un punto de observación privilegiado

para describir-medir la proximidad y las distancias entre los derechos fundamentales y la cotidianidad de las personas y colectividades reales. De otro lado, el sector de la salud, así como los que tocan más directamente la dignidad de las vidas (educación, alimentación, medio ambiente, etc.) están en el centro de desarrollos, tratados, planificaciones socioeconómicas que documentan la extensión y la profundidad de los des-encuentros entre las prioridades de los derechos humanos y de los pueblos, y la obligatoriedad creciente que se afianza como autónoma de los modelos económico-financieros que hacen de las personas una variable dependiente.

Se proponen en este sentido algunos datos que permiten dar visibilidad a las consecuencias que la inversión de las prioridades está produciendo, específicamente en el «laboratorio experimental» de Grecia, y más en general a escala global.

3.1. La población griega como enemigo interno de la Union Europea (UE)

Es evidente que no cabe ofrecer aquí una revisión sistemática y menos aún completa de la enorme literatura acumulada a lo largo de los últimos años sobre el impacto de las políticas económico-financieras de la UE y del FMI sobre los indicadores de salud de la población griega y las condiciones socioeconómicas que la determinan. Las pocas referencias que se proponen al final de este texto (3-8) así como los datos propuestos en la *Tabla* son una muestra muy selectiva de lo que se ha publicado a nivel internacional, en algunas de las revistas más acreditadas en términos de salud pública y epidemiología. Los datos son contundentes y muy coherentes, y pueden tomarse como evidencia *beyond any reasonable doubt* de que la crisis económica ha cambiado de manera sustancial el disfrute de los derechos básicos a los cuidados esenciales en todos los sectores de la medicina, y en todos los grupos poblacionales del pueblo griego: desde los recién nacidos, a las mujeres, a los ancianos; de las enfermedades crónicas, a las patologías oncológicas, a la salud mental, al acceso general a medicamentos salvavidas. La literatura internacional independiente coincide con el perfil propuesto por el *Preliminary Report* del “*Truth Committee on Public Debt*” establecido por el presidente del Parlamento griego el día 4 de Abril, 2015, en el que ha trabajado un grupo multidisciplinar, representativo de los más respetados científicos de Grecia. El capítulo 6 resume bien el impacto general del *bailout program* sobre los derechos humanos, vinculando estrechamente la complementariedad de lo que ha ocurrido, y sigue ocurriendo en salud, con las violaciones de los otros derechos: trabajo, educación, casa, recursos vitales e inclusión, autodeterminación, libertad de expresión y reunión, acceso a justicia.

3.2. El «laboratorio experimental» griego en el contexto global

A partir de la literatura internacional epidemiológica y de salud pública sobre todo de los últimos diez años, se proponen algunos escenarios que ponen en evidencia los cambios estructurales que se están desarrollando (conceptual y operativamente) invirtiendo la normatividad del derecho en la relación con la economía (9-13).

De los Millenium Development Goals (MDG) a los Sustainable Development Goals (SDG). El fracaso de los objetivos para el Millenio (con la muy parcial excepción de lo que ha ocurrido con la mortalidad perinatal-infantil, pero con la confirmación dramática de la no modificación de los índices de la mortalidad materna), que se habían lanzado para estimular una política global (declarada, pero totalmente dissociada de planes operativos y aún más de lo que estaba pasando en la economía), ha obligado a una reformulación, aprobada por Naciones Unidas en Septiembre 2015. La palabra clave muy simbólica de la lógica adoptada es «sustentabilidad». El compromiso declarado es de hacer planes

concretos, monitoreados por su factibilidad y resultados. La misma palabra define de manera clara la total dependencia de los mismos planes de la disponibilidad de recursos, que quedan totalmente dependientes de decisiones tomadas en el rígido respeto de los indicadores económicos. La salud sigue siendo mencionada —con mucha cautela— formalmente como derecho fundamental, pero «ajutable» por razones económicas en términos de no-accesibilidad a los recursos esenciales.

La desigualdad se impone en innumerables trabajos como el factor que justifica la imposibilidad de la «atribuibilidad universal» del derecho a salud y educación. La desigualdad se describe y comenta como un hecho «naturalmente» producido por los modelos económicos. Ya no es «evitable». En los países europeos —en crisis declarada y reconocida, como Italia y España— ni las constituciones pueden garantizar, en los hechos, sistemas de salud vinculados por los derechos sobre todo de los más marginales.

Salud comunitaria (como expresión de un derecho desarrollado y garantizado «desde abajo») es uno de los capítulos más contradictorios. Se multiplican los ejemplos locales que documentan la posibilidad y el éxito de programas basados en la participación comunitaria. Pero incluso en países «innovadores», desde el punto de vista del reconocimiento constitucional de la salud como derecho (como en el caso de Ecuador) las planificaciones nacionales eligen modelos «médicos», centralizados, con una inclusión de tecnología selectiva (en un *mix* creciente con otros privados y aseguradoras) que mantiene-aumenta las desigualdades de acceso. Los sectores de los medicamentos esenciales y de la salud mental (las dos expresiones extremas de las estrategias basadas en tecnologías y mercado, o en recursos y redes humanas) siguen siendo los indicadores más evidentes de las consecuencias en términos de impacto sobre la vida de las personas.

La presión creciente de los Tratados de libre mercado, aprobados o en fase de discusión, promueve la idea de que la privatización-comercialización de los servicios puede/debe ser la solución. La lógica es la dictada por un actor central de lo que se ha producido en los últimos 10 años, J. P. Morgan: «ha llegado el momento de considerar los sistemas de *welfare* como la herencia obsoleta de los tiempos de las constituciones y de las democracias nacida de las resistencias». Todo esto a pesar de la permanente falta de «evidencias» concretas de resultados positivos, y con datos en creciente incremento que acreditan que la lógica del «patas arriba» (más mercado y menos programas con raíces y responsabilidades democráticamente controladas) produce, incluso en países como UK, «excesos» de mortalidad (14).

Con lo dramático de sus «resultados», el laboratorio experimental griego se transforma en este sentido en un testigo-alerta de la transformación de la narración del mundo «patas arriba», con un «orden internacional» formal basado en la desaparición de los humanos (y de los Estados como su expresión democráticamente establecida) como sujetos-autores de derecho, en nombre de la *governance* de mercado.

DESAFÍOS

El caso Grecia ha ocupado —y sigue ocupando parcialmente— una parte importante de los debates económicos-financieros y políticos, no solamente de la UE. Las fuertes polarizaciones de las opiniones sobre los modelos más apropiados de medidas necesarias para confrontarse con las opciones posibles para salir de la crisis, han documentado también tras las grandes contradicciones de las opiniones de las agencias y de los expertos, el rol dominante de la utilización manipuladora e incluso directamente falseadora de datos e indicadores que pretenden legitimar las decisiones de bancos y organismos no legitimados democráticamente.

La anomalía más intolerable, frente a la invasión de los espacios de los derechos por parte de los actores nacionales e internacionales del mercado, ha sido el rol de espectador y/o de crítico-opositor puramente ocasional de los representantes estatales-institucionales y académicos del derecho internacional y constitucional. Los modelos y las medidas económicas —a pesar de todos sus fracasos— han ejercido un protagonismo en la definición de los valores de referencia. La aceptación de una autonomía y de una impunidad de la lógica económica parece reproducir, con mecanismos distintos, la situación de criminalidad impune que caracterizó el laboratorio de las dictaduras de América Latina en los años 70, donde segmentos de poblaciones eran transformados en enemigos, y podían desaparecer.

Lo que está pasando, con consecuencias quizás aun más dramáticas en el escenario de las migraciones, está en la misma línea: los «crímenes» son bien evidentes, documentados, visibles. Su gravedad y la falta de intervenciones proporcionadas coinciden con una ilegitimidad substancial de los gobiernos-poderes, formales e informales, que toman decisiones que no incluyen el destino de los humanos en sus criterios de juicio y de prioridad.

En este sentido, continúa manifestándose con todas sus implicaciones la fundamental contradicción del derecho internacional «moderno», o post-colonial, con expresión en la exclusión de los crímenes económicos de la competencia del Tribunal Penal Internacional a finales del siglo pasado. Y en la programada autonomía de las leyes mercatorias, que permiten a los actores transnacionales declararse responsables solamente con respeto a códigos «éticos» voluntarios. Es verdad —aunque esto no sea competencia del que escribe— que las políticas no pueden ser sustituidas por un derecho penal «eficaz». Pero está en juego todo un desafío a la credibilidad misma de un derecho incapaz de llamar por su nombre a los crímenes concretos y reales que actualmente se producen, y no contribuye a presentarlos como intolerables y que inciden sobre los fundamentos una civilización democrática.

MIRADAS HACIA ADELANTE

Hace exactamente 40 años, en la clausura de la época de la descolonización, en Argel, un grupo internacional de juristas, economistas, representantes de pueblos y movimientos sociales de un mundo que aún no se llamaba global, lanzaba una *Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos*. El núcleo central y la motivación más fuerte de la misma coincidían con la percepción anticipatoria de que las categorías existentes del derecho internacional de los estados, tal como se habían desarrolladas en treinta años siguientes a la Declaración Universal de los Derechos Humanos no eran suficientes para mantener al derecho en su rol de promotor estos, y no solo de juez retrospectivo, parcial, con herramientas desproporcionadas a los nuevos desafíos. Establecido tres años después, el Tribunal Permanente de los Pueblos, ha comprobado en sus más de cuarenta sesiones la verdad anticipatoria de la Declaración, así como el retraso en la puesta a punto de nuevos desarrollos del derecho internacional, y la progresiva marginación de sus categorías básicas. El «laboratorio griego», y más ampliamente el de la experiencia de la economía internacional financiarizada, son una llamada más a la imprescindible tarea de dotar de credibilidad innovadora a un derecho que recupere sus raíces en las luchas reales (15).

Haiti, Junio 2016. Esta «Grecia» del Caribe, que escribió una página de la historia del derecho declarando por vez primera la abolición de la esclavitud, se encuen-

tra en un estado de «ocupación» por «fuerzas» internacionales, que han llevado al país también una enfermedad que allí nunca había existido: el cólera. La «importación» por parte de las tropas de la ONU encargadas de la «seguridad» (sin reconstrucción) después del terremoto del 2010 ha producido millares de muertos y ha transformado el país más pobre de América Latina en el más rico en cólera, porque el control de la enfermedad exige condiciones mínimas de higiene, de viviendas, de agua potable. Les comisiones científicas han confirmado la relación de «causalidad» entre la presencia de las tropas y esa enfermedad. A la petición de al menos un reconocimiento del derecho a una compensación económica, la respuesta más rápida de la ONU ha sido que sus «actores» están amparados por un estatuto de inmunidad y no pueden ser investigados. La Comisión de Derechos Humanos de la ONU ha tomado, finalmente, posición en contra de esta actitud en nombre de la mínima credibilidad de un derecho capaz de resistirse a la aceptación automática de las reglas de «la escuela de un mundo al revés» (1,17).

TABLA – “TIME TO END THE GREEK DEBT TRAGEDY” (EDITORIAL DEL EDITORIAL BOARD DEL NYT)

Presupuesto de salud en 2012 para hospitales y medicamentos: ha bajado un 60%, a un nivel más bajo del de diez años antes, y el más bajo de los países europeos.

Programas de prevención/cuidado de las poblaciones más en riesgo específicamente en tiempos de crisis (como enfermos mentales, adolescentes y adultos drogadictos, alcohólicos, desempleados): se han visto reducidos hasta en un tercio del mínimo recomendado: (los nuevos casos de HIV en drogadictos han pasados de 15 en 2005 a 484 en 2012; y entre 2012-2013, se han duplicado los de tuberculosis), provocando el alarma también de las agencias internacionales competentes por la explícita violación de derechos humanos.

Subida dramática: del desempleo y de la carencia de seguro de salud: 800,000 nuevos casos entre (2009-2011); de las muertes por suicidios (más de un 45% entre 2007-2011); de la desnutrición infantil, del bajo peso en el nacimiento; de embarazos en muy alto riesgo con consecuencias graves, documentadas también por agencias de la ONU (ej.: un aumento del 43% de mortalidad neonatal y postnatal, que invierte la histórica tendencia a una disminución progresiva).

Los hospitales y los servicios públicos son los más afectados: con carencia de recursos humanos (-6000 médicos; -4000 enfermeras); situaciones asistenciales intolerables (ej.: 1 enfermera por 60 pacientes, 1 por cada 5 pacientes en cuidados intensivos).

Indisponibilidad de acceso a los medicamentos de alto costo, incluyendo vacunas «obligatorias», y todos los nuevos protocolos oncológicos, con impacto directo sobre cuidados salvavidas.

REFERENCIAS

(1) Galeano, E. *Patatas arriba. La escuela del mundo al revés*. Editorial Siglo XXI de España, Madrid, 1999. Ver también el texto «La parábola del Señor Dinero», del mismo autor, que concluye y «traduce» la sentencia del Tribunal Permanente de los Pueblos sobre Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional, Berlín 1988.

(2) Camerer, CF., Dreber, A., Forsell, E., Ho, TH., Huber, J., Johannesson, M., Kirchler, M., Almenberg, J., Altmejd, A., Chan, T., Heikensten, E., Holzmeister, F., Imai, T., Isak-

sson, S., Nave. G., Pfeiffer, T., Razen, M., Wu, H., «Evaluating replicability of laboratory experiments in economics», *Science*, 2016; 351: 1433-6.

(3) Kentikelenis, A., Karanikolos, M., Reeves, A., McKee, M., Stuckler, D., *Greece's health crisis: from austerity to denialism*, *Lancet*, 2014; 383: 748-53.

(4) Simou, E., Koutsogeorgou, E., *Effects of the economic crisis on health and health-care in Greece in the literature from 2009 to 2013: a systematic review*, *Health Policy*, 2014; 115: 111-9.

(5) Rajmil, L., Fernandez de Sanmamed, MJ., Choonar, a I., Faresjö, T., Hjern, A., Kozyrskyj, A. L., Lucas, PJ., Raat, H., Séguin, L., Spencer, N., Taylor-Robinson, D., «On behalf of the International network for research in inequalities in child health (INRICH)», *Int J Environ Res Public Health*, 2014; 11: 6528-46.

(6) Bacigalupe, A., Shahidi, F.V., Muntaner, C., Martín, U., Borrell, C., «Why is there so much controversy regarding the population health impact of the great recession? Reflections on three case studies», *Int J Health Services*, 2016; 46: 5-35.

(7) Karamanoli, E., «5 years of austerity takes its toll on Greek health care», *Lancet*, 2015; 386: 2239-40.

(8) Deaton, A., «On death and money. History, facts, and explanations», *JAMA*, 2016; 315: 1703-5.

(9) Schrecker, T., Bambra, C., «Neoliberal Epidemics' in global contex», *PEACH-Policies for Equitable Access to Health*, 2016.

(10) Koivusalo, M., «Can we trust that health is safeguarded as part of investment negotiations?», *PEACH-Policies for Equitable Access to Health*, 2016.

(11) Salomon, M. E., *Of austerity, human rights and international institutions*, *Eur Law J*, 2015; 4: 1-29.

(12) Bárcena, A., «Health protection as a citizen's right», *Lancet*, 2015; 385: 29-30.

(13) The PLOS Medicine Editors (2016). Health research and the world humanitarian summit-not a thousand miles apart. *PLoS Med* 13(5): 1002027.doi:10.1271/journal.pmed.1002017.

(14) Gray, A. L., Wirtz, V. J., M't Hoen, E. F., Reich, M. R., Hogerzeil, H. V., «Essential medicines are still essential», *Lancet* 2015; 386: 1601-3.

(15) Kleinman, A., Lockwood-Estrin. G., Usmani. S., Chisholm, D., Marquez, P. V., Evans, T. G., Saxena, S., «Time for mental health to come out of the shadows», *Lancet*, 2016; 387: 2274-5.

(16) Wise, J., «Many people receive suboptimal care after myocardial infarction, research shows», *BMJ*, 2016;353:i2655 doi: 10.1136/mbj.i2655 (Published 11 May 2016).

(17) Editorial, «Dear Mr Ban Ki-moon», *Lancet*, 2016; 387: 2352.

LA MEMORIA HISTÓRICA ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Manuel MIRANDA ESTRAMPES

I. INTRODUCCIÓN

Durante todos estos años el discurso oficial ha enaltecido y proclamado el carácter ejemplar y modélico de nuestro proceso de transición democrática, exportándolo incluso a otros países como un modelo a seguir¹. Proclamación reiterada hasta la náusea, como si el hecho de su repetición, a modo de *mantra*, elevara esta afirmación a la categoría de dogma incuestionable.

En los últimos tiempos este discurso oficialista hegemónico ha sido duramente criticado por sectores de la sociedad civil, la academia y la propia magistratura —ciertamente, en este último colectivo por un sector minoritario—, calificando a la transición política de “incompleta” e “inmodélica”². No faltan quienes sostienen que nuestro proceso de transición está inacabado e inconcluso y permanece abierto³, o que es necesaria una segunda transición que rompa definitivamente con el pasado franquista. Así, se ha criticado que nuestro proceso de transición se basó en un *pacto de silencio y olvido* generalizado y absoluto de las víctimas de la guerra civil y de la dictadura franquista⁴.

Lo cierto es que la invocación que constantemente se hace desde las instancias oficiales y los partidos políticos dominantes durante la transición al espíritu de reconciliación y concordia que presidió la transición democrática no es más que pura retórica⁵.

1 López Guerra, L., “The Application of the Spanish Model in the Constitutional Transitions in Central and Eastern Europe”, *Cardozo Law Review*, Nº 19, Peaceful Transitions to Democracy, 1988, pp. 1937-1951.

2 Muñoz Conde, F., “La transformación jurídica de la dictadura franquista en un Estado de Derecho”, *Portal Iberoamericano de Ciencias Penales*, 2008, p. 3, disponible en http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/munoz%20conde-franquismo.pdf. Chinchón Álvarez, J., “Transición española y justicia transicional: ¿qué papel juega el ordenamiento jurídico internacional en un proceso de transición? A propósito de la coherencia, buena fe y otros principios de derecho internacional postergados en la transición política de España”, *Entelequia. Revista Interdisciplinar: Monográfico*, nº 7, septiembre 2008, p. 354; Escudero Alday, R., “Jaque a la Transición: análisis del proceso de recuperación de la memoria histórica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Núm. XXIX, Enero 2013, pp. 322 y 326; Navarro, V., “Las consecuencias de la transición inmodélica”, diario digital *El Plural*, 24 de septiembre de 2012, puede consultarse en <http://www.vnavarro.org/?p=7859>; Clavero, B., “Transición y Constitución: ¿Qué relación guardan en España que importe hoy?”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº 6, marzo-agosto 2014, p. 131.

3 Escudero Alday, R., “Road to Impunity: The Absence of Transitional Justice Programs in Spain”, *Human Rights Quarterly*, Volume 36, Number 1, February 2014, p. 136.

4 Escudero Alday, R., “Road to Impunity: The Absence of Transitional Justice Programs in Spain”, *ob. cit.*, pp. 126 y 132; Tamarit Sumalla, J., “Memoria histórica y justicia transicional en España: el tiempo como actor de la justicia penal”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, vol. 2, 2014, p. 44; Chinchón Álvarez, J., “Justicia transicional: “Memoria Histórica”, y responsabilidad internacional del Estado: Un análisis general a propósito del cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales en juego después de más de tres décadas del inicio formal de la transición política española”, *Revista de Derecho de Extremadura*, Nº 4, 2009, p. 62; Valencia Villa, H., “La ley española de amnistía de 1977 en una perspectiva de justicia transicional”, en *Justicia de transición: el caso de España*, Ripol Carulla, S. y Villán Durán, C. (eds.), Institut Català Internacional per la Pau, 2012, p. 192, sostiene que “la amnésica Transición española parece haber estado basada de manera paradigmática en lo que en la historia legislativa norteamericana se conoce con el nombre de *gag rule* o “regla de maldad”, que consiste en un pacto político para guardar silencio, por la conveniencia del encubrimiento y de la impunidad, sobre un problema público o sobre un periodo histórico cuya injusticia clama reparación al cielo”.

5 Martín Pallín, J. A., “La Ley que rompió el silencio”, en *Derecho y memoria histórica*, Martín Pallín, J. A. y Escudero Alday, R. (eds.), Edit. Trotta, Madrid, 2008, p. 24; Tamarit Sumalla, J., “Memoria histórica y justicia transicional en España: el tiempo como actor de la justicia penal”, *ob. cit.*, p. 46. Zapico Barbeito, M., “La investigación de los crímenes del

Incluso esta alegación en boca de los herederos políticos del franquismo, complementada con el eslogan de “mirar hacia delante”, es puro cinismo para ocultar sus propios vínculos con el pasado franquista⁶.

Desde la lógica del discurso elaborado por la justicia transicional —o justicia de transición⁷— se ha definido al modelo español de justicia de transición como un modelo de impunidad u olvido absoluto de los crímenes cometidos durante la guerra civil y la dictadura franquista, con rehabilitación solo parcial de las víctimas⁸.

Incluso se ha sostenido que el caso español es un caso insólito de justicia transicional⁹, precisamente por no serlo¹⁰, y que en realidad se trata de un verdadero contra-modelo¹¹. Así, no se ha dado satisfacción a ninguna de las dimensiones que componen la agenda de la justicia transicional¹². El caso español confirma el argumento de que los pactos de transición que se acuerdan sobre el olvido y la preterición de las demandas de las víctimas no son sostenibles a largo plazo¹³.

En el presente trabajo no pretendo, ni mucho menos, analizar el proceso de transición democrática en España, ni examinar o poner en evidencia sus déficits y debilidades. Mi enfoque se va a limitar a examinar el rol que ha jugado el Tribunal Constitucional (TC),

franquismo: entre el procesamiento por prevaricación abierto contra el Juez Baltasar Garzón y la querrela presentada en Argentina en virtud del ejercicio de la jurisdicción universal”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 14, 2010, p. 921, nota 99, afirma que “Quienes se amparan en la necesidad del olvido como base para la reconciliación social ignoran que para que esta sea duradera es necesaria la justicia, pues sólo cuando podamos mirar al pasado sin vergüenza podremos hablar de auténtica reconciliación y con ello una convivencia más justa y pacífica”. Y a continuación esta autora se pregunta: “¿Cómo podemos llegar a hablar de una reconciliación real cuando después de más de setenta años sigue habiendo más de 150.000 desaparecidos, desaparecidos que no olvidados por sus familias? ¿Cómo podemos hablar de reconciliación cuando a pesar del silencio al que se han visto obligadas las familias durante años en aras del mantenimiento de una reconciliación ficticia, no han conseguido acallar nunca sus reivindicaciones de justicia?”.

6 Blakeley, G., “Politics as usual? The Trials and Tribulations of the Law of Historical Memory in Spain”, *Entelequia. Revista Interdisciplinar*, N° 7, septiembre 2008, p. 330.

7 Sobre la noción de Justicia Transicional es de obligada consulta el libro de Teitel, R. G., *Transitional Justice*, Oxford University Press, New York, 2000. Vid., también, VAN ZYL, P., “Promoting Transitional Justice in Post-Conflict Societies”, *Security Governance in Post-Conflict Peacebuilding*, Chapter 10, Bryden, A. and Hänggi H. (eds.), DCAF, Geneva, 2005, pp. 209-231. Una versión en castellano puede consultarse en *Verdad, memoria y reconstrucción: Estudio de casos y análisis comparado*, Mauricio Romero (Comp.), International Center for Transitional Justice (ICTJ), Bogotá, 2008, pp. 14-44; Elster, J., *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz Editores, Buenos Aires, 2006; De Greiff, P (ed.), *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press, Oxford, 2006; Bonet Pérez, J. y Alija Fernández, R. A., *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Núm. 53, Bilbao, 2009, especialmente p. 93 y ss.; y Secretaría General de Naciones Unidas, “El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, S/2004/616, 3 de agosto de 2004, disponible en <http://www.un.org/es/ruleoflaw/>.

8 Gil Gil, A. *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Edit. Atelier, Barcelona, 2009, p. 100; de la misma autora “Informe nacional sobre España”, en Ambos, K., Malarino, E. y Elsner, G. (editores), *Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlin, 2009, p. 488. También, García Amado, J. A., “Usos de la historia y legitimidad constitucional”, en AA.VV., *Derecho y memoria histórica*, Martín Pallín, J.A. y Escudero Alday (eds.), Edit. Trotta, Madrid, 2008, p. 61.

9 Tamarit Sumalla, J., “Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español”, *Política Criminal*, Vol. 7, N° 13 (Julio 2012), p. 75.

10 Elster, J., *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*, ob. cit., pp. 80-81, sostiene que España es un caso único en la justicia transicional, pues hubo una decisión deliberada y consensuada de evitar la justicia transicional.

11 Sáez Valcárcel, R., “Justicia transicional y España ¿Se puede juzgar la historia?”, en *Memoria Histórica: ¿Se puede juzgar la historia?*, Jueces para la Democracia y Fundación Antonio Carretero, Madrid, 2009, p. 86.

12 Escudero Alday, R., “Jaque a la Transición: análisis del proceso de recuperación de la memoria histórica”, ob. cit., p. 335; Gómez Isa, F., “Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales: el caso español”, *Justicia de transición: el caso de España*, Ripol Carulla, S. y Villán Durán, C. (Dir.), Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, 2012, p. 183, concluye que “el proceso de justicia transicional que está siguiendo España para revisar algunas de las cuentas pendientes de la transición a la democracia deja mucho que desear desde la óptica de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación típicos de un esquema transicional”.

13 Urdillo, U., “Impunity for enforced disappearances in contemporary Spain: the Spanish search for truth”, *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, Vol. 6, N° 1, 2011, p. 43.

aunque limitado a su actuación en el marco de la aplicación de la conocida como Ley de Memoria Histórica.

II. LA LEY DE MEMORIA HISTÓRICA: UN EJEMPLO DE JUSTICIA TRANSICIONAL TARDÍA E INSUFICIENTE

Con el fin de contextualizar este análisis, es preciso destacar que la aprobación de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, *por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura*, más conocida como Ley de Memoria Histórica (LMH) no fue fruto del impulso de los partidos políticos, sino de la iniciativa de la sociedad civil¹⁴, concretamente del movimiento memorialista, que empezó a adquirir visibilidad y fuerza a partir del año 2000, con ocasión de la primera exhumación de una fosa común de víctimas de la represión franquista en Priaranza del Bierzo (León)¹⁵.

Su tramitación parlamentaria estuvo presidida por un agrio debate entre el Gobierno socialista y el Partido Popular (PP), entonces como principal partido de la oposición¹⁶. Partido este último que, junto con el grupo parlamentario de Esquerra Republicana de Catalunya (ERC), votaron en contra de su aprobación, aunque por razones totalmente distintas¹⁷. Así, durante la tramitación parlamentaria el PP acusó al Gobierno socialista, en un tono de tintes apocalípticos fuera de todo lugar, de intentar destruir la transición democrática, promover la resurrección de las *dos Españas* y fomentar una especie de *guerracivilismo* de nuevo cuño¹⁸.

Sin embargo, el texto final aprobado y publicado en el BOE no colmó ni de lejos las reivindicaciones y aspiraciones legítimas de las asociaciones de memoria histórica y de las víctimas de la dictadura franquista¹⁹.

A pesar de estas críticas y de su carácter tardío, ciertamente la Ley de Memoria Histórica ha sido hasta ahora el intento más serio de reconocimiento a las víctimas de la represión y de los crímenes cometidos por la dictadura fascista, conteniendo por primera vez una explícita condena legal del régimen franquista²⁰, abriendo así una nueva etapa

14 Silva, E., "El despertar de la memoria histórica en España: el papel de la sociedad civil", en AA.VV. *El derecho a la memoria*, Gómez Isa, F. (Director), Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, Bilbao, enero de 2006, p. 571 y ss.; Escudero Alday, R., "Jaque a la Transición: análisis del proceso de recuperación de la memoria histórica", *ob. cit.*, p. 320.

15 Se ha calculado que hay más de 2.300 fosas comunes en el territorio nacional.

16 Un examen detallado de los debates parlamentarios puede consultarse en <http://www.memoriahistorica.gob.es/es-es/LaLey/Paginas/DebatesParlamentarios.aspx>. También, en Martín Pallín, J. A., y Escudero Alday, R. (Eds.), *Derecho y memoria histórica*, Edit. Trotta, Madrid, 2008.

17 La LMH fue aprobada con 127 votos a favor y 119 en contra, de los cuales 115 procedían del PP: vid. <http://www.memoriahistorica.gob.es/es-es/LaLey/Documents/AprobacionPlenoSenado.pdf>.

18 Vid. Ferrándiz, F., "Exhumaciones y relatos de la derrota en la España actual", *Jerónimo Zurita. Revista de Historia*, núm. 84, 2009, p. 139.

19 Escudero Alday, R., "Road to Impunity: The Absence of Transitional Justice Programs in Spain", *ob. cit.*, pp. 143-145; Gil Gil, A., "Informe nacional sobre España", *ob. cit.*, p. 497; Gómez Isa, F., "Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales: el caso español", *ob. cit.*, p. 178.

20 Vid. Exposición de Motivos de la LMH. En este sentido, Jiménez Villarejo, C., "El valor jurídico de las sentencias de los tribunales franquistas a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Justicia de transición: el caso de España*, Ripol Carulla, S. y Villán Durán, C. (Dir.), Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, 2012, p. 207. Hay quien no dudó en calificarla de "ley aberrante" por incumplir el derecho internacional, la jurisprudencia europea y el propio derecho interno: Equipo Nizkor, "Una ley aberrante", 30 octubre 2007, disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/ley prensa.html>.

que algunos han calificado de “post-transicional”²¹ y otros de justicia transicional tardía²².

No obstante, también es cierto que sus frutos han sido más bien escasos, como consecuencia de una regulación legal poco ambiciosa e insuficiente, y que en la actualidad se encuentra prácticamente desactivada por carencia de dotación presupuestaria²³.

Como balance general, puede concluirse que, conforme al discurso de la justicia transicional, la LMH no garantizó de forma adecuada ni suficiente los derechos a la verdad, la justicia y la reparación a las víctimas de la dictadura franquista²⁴.

III. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y MEMORIA HISTÓRICA

Desde una perspectiva general, nadie puede poner en duda el papel del TC en la consolidación de nuestra democracia y de la “cultura constitucional”²⁵. Así, no puede dejar de destacarse, entre otros aspectos, su activismo, especialmente en las primeras décadas de funcionamiento, en la protección, garantía y desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas consagradas en el texto constitucional, en el fortalecimiento de la independencia del poder judicial y en la proclamación del carácter normativo de la Constitución²⁶. La perspectiva que nos ofrece el tiempo permite afirmar que el TC desempeñó un papel crucial en la consolidación democrática del Estado constitucional de Derecho²⁷, asumiendo un rol de liderazgo institucional.

21 Aguilar, P., “Transitional or Post-transitional Justice? Recent Developments in the Spanish Case”, *South European Society & Politics*, Volume 13, Issue 4, 2008, pp. 417-433; de la misma autora “Jueces, represión y justicia transicional en España, Chile y Argentina”, *Revista Internacional de Sociología*, Vol. 71, nº 2, Mayo-Agosto 2013, p. 298; Urdillo, U., “Impunity for enforced disappearances in contemporary Spain: the Spanish search for truth”, *ob. cit.*, pp. 43 y 49; Hajji, N., “Post-transitional Justice in Spain: Passing the Historic Memory Law”, *Columbia University Journal of Politics & Society*, Volume 25, Number 1, Spring 2104, p. 83, en donde analiza los diferentes factores que contribuyeron a la proposición y ulterior aprobación de la LMH.

22 Tamarit Sumalla, J., “Memoria histórica y justicia transicional en España: el tiempo como actor de la justicia penal”, *ob. cit.*, p. 45.

23 Vid. Natalia Junquera, *El País*, 5 octubre 2013 “La promesa que Rajoy sí cumplió”, en donde da cuenta de las frases pronunciadas por Mariano Rajoy cuando afirmó “Yo eliminaría todos los artículos de la ley de memoria histórica que hablan de dar dinero público para recuperar el pasado. No daría ni un solo euro público a esos efectos”. El Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su Informe de 2 de julio de 2014, elaborado con ocasión de la visita a España llevada a cabo en septiembre de 2013, presentado en el 27º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas, A/HRC/27/49/Add.1, instó en sus Recomendaciones a “proporcionar los fondos adecuados para que la Ley de Memoria Histórica pueda aplicarse eficazmente” [Recomendación w), p. 19]. Vid., también, Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, A/HRC/27/56/Add.1, de 22 de julio de 2014, en donde se hace eco de que muchas iniciativas han sufrido recortes financieros importantes y que varios programas habrían dejado de existir por decisiones políticas y/o la falta de asignación presupuestaria (párr. 59).

24 Vicente, L., “La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la guerra civil y el franquismo”, en *Memoria Histórica: ¿Se puede juzgar la historia?*, Jueces para la Democracia y Fundación Antonio Carretero, Madrid, 2009, pp. 147-151.

25 Garzón Valdés, E., “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”, en *Poder judicial y democracia. Jueces democratas o democracia de los jueces*, Fundación para la Investigación y la Cultura, Bogotá, 2005, p. 118. También, Biagi, F., “The Constitutional Courts as the Guardians of “Substantive” Transitions: With Special Reference to Italy, Spain and the Czech Republic”, en S. Pennicino (ed.), *European Union and Legal Reform 2009*, Clueb, Bologna, 2010, pp. 57-83. Con carácter general, acerca del rol que tienen los Tribunales Constitucionales en la consolidación de los procesos democráticos puede consultarse Epstein, L., Knight, J., y Shvetsova, O., “The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government”, *Law & Society Review*, Volume 35, Number 1, 2001, pp. 117-163.

26 Ledesma Bartret, F., *Los jueces contra el franquismo: Justicia Democrática*, Pilar Díaz Sánchez (ed.), Maia Ediciones, Madrid, 2016, p. 165.

27 Como afirma Bartole, S., “Final remarks: the role of the Venice Commission”, *Review of Central and East European Law*, 26 Nº 3, March 2000, p. 360, “Constitutional courts play an essential role in guaranteeing compliance with the procedural and substantial rules of constitutions. Their existence is therefore an important step towards the establishment of the rule of law in the period of transition”. Por su parte, Safjan, M., “Transitional Justice: The Polish Example, the Case of Lustration”, *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1, Nº 2, 2007, p. 238 (disponible en <http://www.ejls.eu/2/29UK.pdf>), quien fuera Presidente del TC polaco entre 1997 y 2006, sostiene que uno de los propósitos

Más discutible, sin embargo, ha sido su actuación en el desarrollo del modelo territorial autonómico —como una pieza clave del entramado constitucional²⁸—, fuertemente contestada, singularmente en los últimos tiempos, desde determinadas posiciones políticas nacionalistas.

Dicho lo cual, con el fin de delimitar con mayor precisión el tema de análisis de este trabajo, voy a centrar la atención en la actuación que el TC ha tenido en los últimos años a raíz de la aprobación, entrada en vigor y aplicación de la citada LMH, esto es, en un periodo calificado de post-transicional. Por ello, voy a prescindir del examen de algunos pronunciamientos anteriores, así por ejemplo en materia de reconocimiento de ciertas prestaciones económicas e indemnizaciones a algunos colectivos represaliados por el franquismo²⁹.

La calculada indefinición y excesiva ambigüedad de la LMH en aspectos nucleares ha trasladado la polémica parlamentaria y política al ámbito jurisdiccional. Tres han sido los temas centrales que han dado lugar a pronunciamientos jurisdiccionales y que, como expondré más adelante, una vez agotada la vía judicial ordinaria han sido planteados también en sede de la justicia constitucional: (i) la investigación penal de los crímenes cometidos por el franquismo; (ii) la anulación de los juicios y sentencias dictadas por los Consejos de Guerra y Tribunales penales franquistas sin garantías procesales y (iii) la retirada de los símbolos y monumentos públicos franquistas.

Puedo ya adelantar en este momento que la actuación del TC en estos temas ha sido decepcionante. En mi opinión, el TC no ha sabido estar a la altura de las circunstancias. En este sentido, el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias de Naciones Unidas en su Informe de 2 de julio de 2014 destacaba que:

“44. En este debate sobre la respuesta judicial a las desapariciones forzadas, el Tribunal Constitucional ha refrendado expresa o implícitamente las decisiones de otros tribunales cerrando las investigaciones, no ordenando las exhumaciones o no reconociendo los derechos de los familiares. El Grupo de Trabajo entiende que se debe posibilitar al Tribunal Constitucional pronunciarse para adecuar la práctica judicial española a sus obligaciones internacionales”³⁰.

Paso a continuación a desgranar los tres temas antes mencionados y la respuesta dada por el TC a las diferentes solicitudes de amparo presentadas.

principales de la justicia transicional es crear una nueva axiología del sistema constitucional.

28 Modelo que, sin embargo, fue cerrado en falso por la propia CE de 1978, que pretendió zanjar el debate con la incorporación de su art. 2, consensuado entre la Moncloa y el Ejército: Vid. Bastida, X., *La nación española y el nacionalismo constitucional*, Edit. Ariel, Barcelona, 1988, p. 45.

29 Vid., entre otras, SSTC 76/1986, 361/1993. En esta última sentencia el TC destacó que si bien legalmente se denominaban “indemnizaciones”, reconocidas en favor de quienes habían sufrido prisión, eran realmente “prestaciones establecidas graciamente por el legislador”, de acuerdo a una decisión política que había de relacionarse con la legislación sobre amnistía, pese al distinto sentido de una y otra normativa. Afirmación criticada por Chinchón Álvarez, J., “Transición española y justicia transicional: ¿qué papel juega el ordenamiento jurídico internacional en un proceso de transición? A propósito de la coherencia, buena fe y otros principios de derecho internacional postergados en la transición política de España”, ob. cit., p. 350, para quien si bien el objetivo de reconciliación nacional dentro del nuevo orden democrático es loable, sin embargo, es sustancialmente diferente al deber de reparar a las víctimas de violaciones de sus derechos humanos. Vid., también, STC 180/2005, que reconoció el derecho a percibir una pensión a los soldados que habían sufrido privación de libertad en batallones disciplinarios. Sobre otros pronunciamientos del TC puede consultarse el “Dossier Memoria Histórica: el proceso de justicia transicional en Alemania, Argentina, Chile, España, Portugal y Sudáfrica”, publicado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Boletín de Documentación, nº 27, Septiembre-Diciembre 2006, p. 136 y ss., disponible en <http://www.cepc.gob.es/biblioteca-documentacion/C3%B3n/documentacion/boletinesydossieresdedocumentacion/boletinesdocumentacion/boletindocumentacion27>.

30 A/HRC/27/49/Add.1, párr. 44, p. 13.

III.1. Investigación penal de los crímenes de la dictadura franquista

La LMH guardó silencio sobre este tema³¹, lo que motivó que las asociaciones de memoria histórica acudieran a la jurisdicción penal para impulsar la investigación y persecución de estos crímenes —calificados de delitos contra la humanidad, o de delitos de desapariciones forzadas— y localizar, exhumar e identificar a los familiares que se encontraban enterrados en fosas comunes, muchas de ellas aún sin localizar³².

Las expectativas creadas se vieron totalmente frustradas con la STS 101/2012, de 27 febrero, dictada en el proceso penal seguido contra el Juez Baltasar Garzón por un delito de prevaricación judicial (Causa Especial núm. 20048/2009), al haber incoado un proceso para investigar los crímenes del franquismo³³. Si bien la citada sentencia le absolvió por tal delito, la Sala de lo Penal del TS estimó que no era posible la investigación judicial de estos delitos, entre otras razones, bien porque estarían ya prescritos o bien amnistiados por la Ley de Amnistía 46/1977, de 15 de octubre. Ley, no hay que olvidar, cuya vigencia ha sido cuestionada recientemente por diferentes organismos internacionales, como, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas³⁴, y

31 La LMH optó por un modelo de “privatización” de las tareas de localización, exhumación e identificación de restos humanos (art. 10). Modelo que es frontalmente contrario a las obligaciones internacionales asumidas por nuestro Estado. Esta opción por la “privatización de la verdad” ya fue advertida y denunciada por Amnistía Internacional en relación con el Proyecto de LMH, en su Informe *Víctimas de la guerra civil y el franquismo; no hay derecho*, noviembre de 2006, p. 36, disponible en https://www.es.amnesty.org/uploads/media/No_hay_derecho.pdf. En la doctrina, vid. Rodríguez Arias, M. A., “La nueva ley de la memoria y la vulneración de los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en el caso de los desaparecidos del franquismo”, *Jueces para la Democracia*, núm. 63, noviembre de 2008, p. 68-85; Gil Gil, A., “Informe nacional sobre España”, *ob. cit.*, p. 488. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Informe, CCPR/ESP/CO/5/27 de octubre de 2008, 94º periodo de sesiones párr. 9, mostraba su preocupación por “las informaciones sobre los obstáculos con que han tropezado las familias en sus gestiones judiciales y administrativas para obtener la exhumación de los restos y la identificación de las personas desaparecidas”. Por su parte, el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su Informe de 2 de julio de 2014, A/HRC/27/49/Add.1, incluyó entre sus Recomendaciones: “Todas las iniciativas relativas a la búsqueda de desaparecidos deben ser asumidas como una obligación estatal y tienen que ser parte de una política de Estado integral, coherente, permanente, cooperativa y colaborativa” [Recomendación j], p. 18] e “Investigar de oficio y juzgar todas las desapariciones forzadas a la luz de las obligaciones internacionales, de manera exhaustiva e imparcial, independientemente del tiempo transcurrido desde el inicio de las mismas” [Recomendación aa], p. 19]. En el apartado 21 del citado Informe se afirma en relación al modelo establecido en la LMH, que: “[...] las administraciones públicas solo tienen la obligación de cooperar con los particulares y facilitar las actividades de indagación, localización e identificación de las personas desaparecidas, transfiriendo de hecho la responsabilidad de estas actividades desde el Estado hacia los familiares. La búsqueda de los desaparecidos no puede depender de la tarea o iniciativa de los familiares, sino que debe ser asumida como una obligación del Estado”. También, el Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, A/HRC/27/56/Add.1, de 22 de julio de 2014, llamaba la atención sobre la “privatización” de las exhumaciones (párr. 64) que, en su opinión, alimenta la indiferencia de las instituciones del Estado, incluyendo las autoridades judiciales (párr. 66). En sus Recomendaciones proponía la revisión del modelo actual donde el Estado delega la responsabilidad sobre las exhumaciones (párr. 104, letra h).

32 La Disposición adicional segunda de la LMH avalaba esta opción al disponer que “Las previsiones contenidas en la presente Ley son compatibles con el ejercicio de las acciones y el acceso a los procedimientos judiciales ordinarios y extraordinarios establecidos en las leyes o en los tratados y convenios internacionales suscritos por España”.

33 Un análisis crítico de la sentencia desde la perspectiva del Derecho internacional de los Derechos Humanos puede verse en Chinchón Álvarez, J., “Proceso penal y Derecho internacional. Imposibilidad de castigar vs. Obligación de investigar: algunas reflexiones y propuestas”, *La Ley*, núm. 7845, 25 de abril de 2012, pp. 1-10. También, Tamarit Sumalla, J., “Los límites de la justicia transicional penal...”, *ob. cit.*, pp. 78-89.

34 CCPR/ESP/CO/5/27 de octubre de 2008, Comité de Derechos Humanos, 94º periodo de sesiones, párr. 10; también en Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009, párr. 9. Por su parte, el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su Informe de 2 de julio de 2014, A/HRC/27/49/Add.1, establecía como una de sus Recomendaciones “Adoptar todas las medidas necesarias legislativas y judiciales para asegurar que las desapariciones forzadas no sean crímenes sujetos a amnistía, en particular privando de todo efecto a la interpretación judicial dada a la Ley de Amnistía de 1977 [Recomendación cc], p. 19]. Vid., también, el párr. 39 del citado Informe de 2014. Y, también, en el Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, A/HRC/27/56/Add.1, de 22 de julio de 2014, se afirmaba que “no habría impedimentos en el sistema judicial español para revisar o anular las disposiciones de la Ley 46/1977 que fueran incompatibles con las obligaciones internacionales del Estado. El

hay quien no duda en afirmar que está aquejada de “inconstitucionalidad sobrevenida”³⁵.

Como consecuencia de este pronunciamiento, las diferentes investigaciones que aun se encontraban abiertas en algunos Juzgados de Instrucción fueron progresivamente archivándose³⁶, negándose a las víctimas todo recurso efectivo en la vía judicial en contra de lo dispuesto por los estándares internacionales³⁷.

Archivadas las investigaciones judiciales, los familiares de las víctimas y las propias asociaciones de memoria histórica acudieron al TC, planteando la vulneración, entre otros, de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Pues bien, todas y cada una de las demandas de amparo presentadas —antes y después de la LMH— han sido inadmitidas *a limine*, de plano, por el TC, sin entrar a conocer las cuestiones de fondo planteadas por los demandantes.

A destacar que en dos ocasiones la Fiscalía ante el TC planteó sendos recursos de súplica contra las respectivas decisiones de inadmisión. Recursos que no surtieron ningún efecto, aunque por razones distintas, como expongo a continuación.

El primer recurso de súplica se interpuso contra una decisión de inadmisión de fecha 14 de abril de 2008 (Recurso de amparo núm. 9367/2005) por estimar el TC que la demanda de amparo carecía manifiestamente de contenido que justificara una decisión sobre el fondo. El recurso invocaba la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a la jurisdicción, para permitir una investigación eficaz y suficiente de los hechos denunciados. Recurso que fue desestimado por ATC 333/2008, de 27 de octubre de 2008 sobre la base de dos argumentos. El primero, por extemporaneidad de la demanda de amparo. El segundo, por estimar que el Fiscal había incurrido en una suerte de reconstrucción de la demanda de amparo, que le está vedada constitucionalmente³⁸.

El segundo recurso se interpuso contra una decisión de inadmisión de fecha 11 de noviembre de 2013 (Recurso de amparo núm. 5066/2013) por no justificar la representación procesal de la demandante de amparo la especial trascendencia constitucional del recurso [art. 49.1, en relación con el art. 50.1.a) LOTC]. La presentación del recurso de súplica —que tuvo cierta repercusión mediática en los medios de comunicación so-

Tribunal Constitucional sería la institución idónea para debatir y pronunciarse sobre la interpretación de la Ley 46/1977, a la luz de las normas y obligaciones internacionales de derechos humanos (párr. 74). Y en sus Recomendaciones proponía “Valorar las alternativas y privar de efecto las disposiciones de la Ley de Amnistía que obstaculizan todas las investigaciones y el acceso a la justicia sobre violaciones graves de los derechos humanos cometidas durante la Guerra Civil y el franquismo” (párr. 104, letra q).

35 Valencia Villa, H., “La ley española de amnistía de 1977 en una perspectiva de justicia transicional”, *ob. cit.*, pp. 197-198. Debe destacarse que el magistrado don José Ricardo de Prada Solaesa llegó a proponer, en fecha 20 de diciembre de 2013, en el recurso de apelación contra Autos Rollo N° 247/2011, de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dimanante de las Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado núm. 399/2006, del Juzgado Central de Instrucción n° 5, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 1 y 2 de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía. Propuesta que, sin embargo, no llegó a prosperar ni a tramitarse.

36 Vid. el citado Informe de 2 de julio de 2014, A/HRC/27/49/Add.1, del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, párr. 40. Este sistemático archivo contó con alguna excepción, como el de la jueza de Almazán, doña María Luisa García, que investigó el fusilamiento en 1936 de 10 jóvenes sorianos, enterrados en una fosa común en Barcones (Soria), que, sin embargo, acabó con el sobreseimiento de la causa ante la imposibilidad de identificar a los responsables.

37 Vid. *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*, aprobados por Resolución 60/147, Asamblea General de Naciones Unidas, 16 diciembre 2005, especialmente Principios 12-14 y 22.c).

38 Un comentario puede consultarse en Miranda Estrampes, M., “El Caso del Arroyo de la Coja de Jauja (una desaparición forzada de 1936 sin resolver. Crónica de una ocasión perdida)”, *La Ley*, núm. 7076, 15 de diciembre de 2008, pp. 6-8.

cial³⁹— dio lugar a una inaudita reacción por parte del FGE, quien por escrito, fechado el 2 de enero de 2014, ordenó el desistimiento del recurso, al tiempo que apercibía al Fiscal recurrente de expediente disciplinario y ordenaba que a partir de ese momento todos los procedimientos relacionados con la Memoria Histórica fueran asignados al entonces Teniente Fiscal de la Fiscalía ante el TC⁴⁰. Esta orden motivó que se presentara ante el TC un escrito desistiendo del recurso de súplica previamente interpuesto⁴¹. Desistimiento que dio lugar al archivo definitivo de la demanda de amparo por ATC 36/2014.

Por su parte, los intentos de acudir al TEDH tampoco han dado un resultado fructífero. El TEDH en el caso *Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz*⁴² y en el caso *Canales Bermejo*⁴³ ha inadmitido, en el año 2012, las demandas planteadas por sus respectivos familiares donde denunciaban sus desapariciones forzosas —ocurridas en el año 1936— y la negativa del Estado español a investigar su paradero.

III.2. Anulación de los juicios y condenas dictadas por los Tribunales franquistas

La LMH proclamó el carácter radicalmente “injusto” de las condenas y sanciones impuestas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, durante la guerra civil y la dictadura (art. 2). A su vez, declaró la “ilegitimidad”, por vicios de forma y fondo, de los Consejos de Guerra y Tribunales franquistas de responsabilidades políticas, como el Tribunal de Represión de la Masonería y el Comunismo y el Tribunal de Orden Público, así como declaró la ilegitimidad de las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia por cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos durante la dictadura (art. 3). Previsiones legales que se complementaron con el reconocimiento del derecho a obtener una declaración administrativa de reparación y reconocimiento personal a quienes padecieron los efectos de tales condenas (art. 4)⁴⁴.

Sin embargo, la LMH no declaró formalmente la “anulación” o “nulidad” de los juicios

39 Vid. *El País*, 30 diciembre 2013, en http://politica.elpais.com/politica/2013/12/30/actualidad/1388437601_806015.html; eldiario.es, 29 diciembre 2013, en http://www.eldiario.es/sociedad/Tribunal-Constitucional-solicitud-exhumacion-franquismo_0_211729256.html.

40 La citada orden además de carecer de todo fundamento, pues en ningún momento se incumplió instrucción alguna al respecto, respondía al fin de cortocircuitar cualquier pronunciamiento del TC sobre las cuestiones de fondo planteadas en la demanda de amparo y en el recurso de súplica. Además la orden conllevaba en sí misma la imposición de una sanción encubierta de amonestación o advertencia, al margen del procedimiento disciplinario previsto en la ley. Y, finalmente, invadía las competencias que en materia de reparto de asuntos corresponde estatutariamente a la Jefatura de la Fiscalía ante el TC [art. 22.5.a) EOMF]. Ello motivó la protesta de algunos miembros de la Junta de Fiscalía. Vid. María Fabra, “Torres-Dulce no deja debatir sobre la memoria histórica”, *El País*, 19 enero 2014, disponible en http://politica.elpais.com/politica/2014/01/19/actualidad/1390165773_833126.html; y “Los fiscales del Constitucional truncan la injerencia de Torres-Dulce en su labor”, *El País*, 20 enero 2014, disponible en http://politica.elpais.com/politica/2014/01/20/actualidad/1390247816_138370.html.

41 Al hilo de algunas de las informaciones que en su momento se publicaron en los medios de comunicación social quisiera aclarar que ni redacté ni firmé el escrito de desistimiento del recurso de súplica que se presentó ante el TC.

42 Puede consultarse un comentario en “Decisión del TEDH en el caso *Gutiérrez Dorado vs. España: Luces y sombras*”, Series Análisis Jurídicos-GCyF, Abril 2012, *Rights International Spain* (RIS), disponible en <http://www.rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/f893f36547a757264deca19d70abf3e48ae19ae5.pdf>. También, en Gil Gil, A., “Los crímenes de la guerra civil española: ¿Responsabilidad del Estado Español por infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos? Análisis de la decisión del TEDH de 27 de marzo de 2012, caso *Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz contra España*, y de sus antecedentes en la jurisdicción española”, *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, N° 4, 2012, disponible en <http://www.indret.com/pdf/923.pdf>. El TC había inadmitido *a limine* la demanda de amparo presentada mediante resolución de fecha 14 de abril de 2008, por falta de contenido constitucional.

43 Un comentario puede verse en Moreno Pérez, A. y Chinchón Álvarez, J., “La decisión del TEDH en el asunto *Canales Bermejo c. España: una sombra definitiva*”, Series Análisis Jurídicos-GCyF, Diciembre 2012, *Rights International Spain* (RIS), disponible en <http://www.rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/f2d650588e849dbe4480d981d8fee6ecf8b791c0.pdf>.

44 Desarrollada por el Real Decreto 1791/2008, de 3 de noviembre, que regula el procedimiento de obtención de tal declaración de reparación y reconocimiento personal.

y sentencias penales franquistas, siendo esta una de las reclamaciones principales del movimiento memorialista y de algunos partidos políticos (IU/ICV y ERC)⁴⁵.

La ausencia de declaración formal de nulidad no impidió que algunos familiares de víctimas del franquismo reactivaran la revisión ante la Sala de lo Militar del TS de las sentencias de condena a muerte dictadas por los Consejos de Guerra franquistas, con la esperanza de que con el nuevo marco normativo se modificara la negativa sistemática del TS⁴⁶ —e incluso del TC—, a la anulación de las sentencias. Así había sucedido, por ejemplo, en los casos de Puig Antich⁴⁷, Pellicer Gandia⁴⁸ y Luis Casado⁴⁹. Atención particular merece el caso de Julián Grimau, condenado a muerte en el año 1963 por el delito de rebelión militar⁵⁰. La demanda de amparo, presentada por el Ministerio Fiscal, se dirigió contra la Sentencia de 30 de enero de 1990 dictada por la Sala de lo Militar del TS que declaró no haber lugar a la revisión de la condena dictada por un Consejo de Guerra de 18 de abril de 1963. La demanda de amparo planteaba cuatro vulneraciones constitucionales, a saber, derecho a un juez predeterminado por la ley, derecho a un proceso con todas las garantías, derecho a la presunción de inocencia y derecho a la tutela judicial efectiva. Las vulneraciones denunciadas en la demanda de amparo fueron desestimadas en su totalidad por ATC 262/1990 que acordó su inadmisión, sobre la base de que la demanda carecía de contenido que justificase una decisión sobre el fondo.

Pues bien, los nuevos intentos de revisión toparon otra vez con la negativa de la Sala de lo Militar del TS, que fue sistemáticamente desestimando las peticiones, aunque debe destacarse que muchas de estas decisiones contaron con el voto disidente de algunos magistrados⁵¹.

45 La ausencia de declaración de nulidad de las condenas franquistas ha sido objeto de fuertes críticas por un amplio sector de la doctrina. Vid. Muñoz Conde, F., “La transformación jurídica de la dictadura franquista en un Estado de Derecho”, *ob. cit.*, p. 2, nota 2, quien trae a colación la doctrina de G. Radbruch sobre el derecho injusto y el derecho suprallegal (*Derecho injusto y Derecho nulo*, Edit. Aguilar, Madrid, 1971). También, Queralt, J. J., “Desmemoria histórica”, publicado en *El País*, 5 de enero de 2007, disponible en http://elpais.com/diario/2007/01/05/espana/1167951617_850215.html, declaraba que “Afirmar que anular una sentencia del TOP o de un consejo de guerra es atentar contra la seguridad jurídica resulta grotesco. Afirmar eso es afirmar también que la dictadura es superior a la Democracia, pues ésta no puede deshacerse de aquélla, pese a que sí sucede al revés; también supone afirmar la supraconstitucionalidad de la seguridad jurídica por encima del valor superior de la Constitución que es la Justicia. O lo que es lo mismo: la Constitución está supeditada a estructuras ajenas a la misma, a voluntad del operador. Lo único seguro jurídicamente es el acto de barbarie”. Incluso en la doctrina extranjera, Blakeley, G., “Politics as usual? The Trials and Tribulations of the Law of Historical Memory in Spain”, *ob. cit.*, p. 328, sostiene que dejar pasar la oportunidad de declarar la nulidad de las sentencias franquistas es dejar pasar la oportunidad para declarar de una vez por todas que las diferencias entre el pasado dictatorial de España y el presente y futuro democrático no es una cuestión de grado sino de tipo, de naturaleza.

46 Amnistía Internacional en su Informe “Víctimas de la Guerra Civil y el régimen franquista: el desastre de los archivos, la privatización de la verdad”, 30 marzo 2006, p. 14, disponible en http://www.todoslosnombres.org/sites/default/files/documento2_0.pdf, destacaba que desde el año 2000 había tenido acceso a 46 autos dictados por la Sala de lo Militar del TS y en todos ellos se había denegado la autorización para revisar las condenas de muerte dictadas en los juicios sumarísimos después de la Guerra Civil. Solo en una ocasión la Sala Militar del TS ha revisado una condena a muerte dictada por un Consejo de Guerra, concretamente en el caso de *Ricardo Puente Rodríguez*, quien inicialmente fue absuelto en el año 1937 del delito de rebelión militar, pero un año después fue nuevamente juzgado y condenado a muerte por este mismo delito. El TS, en Sentencia núm. 1411/2007, de 19 febrero (Recurso de revisión núm. 106/2004), declaró la nulidad por “injusta” de la segunda sentencia que le condenó a muerte al estimar que se había infringido el principio constitucional del *non bis in idem*.

47 ATS (Sala 5ª) 9725/2007, de 5 julio (Recurso de revisión núm. 12/2005), con voto particular de los magistrados don Ángel Juanes Peces y don José Luis Calvo Cabello.

48 ATS (Sala 5ª) 20 junio 2006 (Recurso de revisión núm. 5/2006), con voto particular del magistrado don José Luis Calvo Cabello.

49 ATS (Sala 5ª) 9 julio 2007 (Recurso de revisión núm. 89/2006), con voto particular de los magistrados don Ángel Juanes Peces y don José Luis Calvo Cabello.

50 El profesor Del Águila Torres, J. J., “La represión política a través de la jurisdicción de guerra y sucesivas jurisdicciones especiales del franquismo”, *Hispania Nova, Revista de Historia Contemporánea*, Núm. 1 Extraordinario, 2015, p. 226, califica la muerte de Julián Grimau como “Crimen de Estado”.

51 Por ejemplo, ATS 3951/2011, de 25 marzo (Recurso de revisión núm. 65/2010), caso *Gonzalo de la Fuente*,

El tema de la anulación de las sentencias condenatorias a muerte franquistas se ha planteado también ante el TC. A destacar, además del caso Grimau antes referido, otros dos casos.

El primero de ellos, con anterioridad a la promulgación de la LMH, caso *Francisco Granado y Delgado Martínez*,⁵² relativo a dos anarquistas condenados a muerte por un Consejo de Guerra, acusados de haber instalado dos artefactos explosivos, y ejecutados el 13 de agosto de 1963 tras un proceso sumarísimo que duró, desde su detención hasta la ejecución, 17 días. En el año 1999 la Sala 5ª del TS rechazó la revisión inicial de la sentencia⁵³. Interpuesto recurso de amparo, el TC en la STC 123/2004, por 4 votos contra 2, anuló esta decisión por haberse denegado la práctica de varias pruebas relevantes⁵⁴ y autorizó la interposición del recurso de revisión, devolviendo las actuaciones al TS para su tramitación. Sentencia en la que el TC llegó a afirmar que el recurso de revisión “se presenta esencialmente como un imperativo de la justicia”. En el año 2006 el TS, por Auto de 18 de diciembre de 2006, volvió a denegar el recurso de revisión⁵⁵. Planteado nuevo recurso de amparo frente a esta última decisión, en esta ocasión el TC lo inadmitió de plano mediante Providencia de fecha 13 de octubre de 2008, por estimar que “la pretensión de amparo carecía manifiestamente de contenido que justificase una decisión sobre el fondo del asunto” [art. 50.1.c), en su redacción anterior a la Ley Orgánica 6/2007, aplicable en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria 3ª]. A destacar que esta decisión de inadmisión se dictó una vez promulgada la LMH.

El segundo caso, posterior a la aprobación de la LMH, merece una particular atención por referirse al poeta Miguel Hernández Gilabert. Por Auto de 21 de febrero de 2011 (Recurso de revisión núm. 54/2010) la Sala de lo Militar del TS denegó a la nieta del poeta la autorización para interponer recurso de revisión contra la sentencia que le condenó a muerte⁵⁶, dictada por el Consejo de Guerra Permanente de Madrid nº 5, el 18 de enero de 1940, como autor de un delito de adhesión a la rebelión⁵⁷, alegando la falta de “vigencia jurídica” de la sentencia, como consecuencia de la aprobación de la LMH, por lo que, concluyó el TS, no concurría el presupuesto objetivo del recurso de revisión⁵⁸.

que contó con un voto particular del magistrado don José Luis Calvo Cabello; ATS 5004/2012, de 30 marzo (Recurso de revisión núm. 50/2007), caso *Luis Calandre Ibáñez*, que contó con el voto particular del magistrado don Javier Juliani Hernán.

52 Una explicación detallada de los acontecimientos más relevantes puede verse en Villagrasa Hernández, F. y Alberola Suriñach, O., “Resumen histórico del Grupo pro revisión del proceso Granado-Delgado”, *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, Núm. 7, 2007, disponible en <http://hispanianova.rediris.es/7/dossier/07d020.pdf>.

53 ATS (Sala 5ª) núm. 9798/1999, de 3 marzo (Recurso de revisión núm. 16/1998).

54 Un comentario a esta sentencia puede verse en Carrillo López, M., “El Tribunal Constitucional y la memoria histórica”, publicado en *El País*, disponible en 27 de agosto de 2004. http://elpais.com/diario/2004/08/27/opinion/1093557606_850215.html.

55 La decisión contó con el voto particular de los magistrados don José Luis Calvo Cabello y don Ángel Juanes Peces.

56 Recordar que la condena a muerte no llegó a ejecutarse pues Miguel Hernández falleció el 28 de marzo de 1942 en la prisión de Alicante como consecuencia de las condiciones inhumanas en las que estaba privado de libertad.

57 Los hechos declarados probados y que motivaron su condena a muerte fueron los siguientes: “el procesado Miguel Hernández Gilabert, de antecedentes izquierdistas, se incorporó voluntariamente en los primeros días del Alzamiento Nacional al 5º Regimiento de Milicias pasando más tarde al Comisariado Político de la 1ª Brigada de Choque e interviniendo entre otros hechos en la acción contra el Santuario de Santa María de la Cabeza. Dedicado a actividades literarias era miembro activo de la Alianza de intelectuales antifascistas, habiendo publicado numerosas poesías y crónicas, y folletos de propaganda revolucionaria y de excitación contra las personas de orden y contra el Movimiento Nacional, haciéndose pasar por el poeta de la revolución”.

58 La resolución cuenta con un voto particular formulado por el magistrado don Javier Juliani Hernán, para quien la declaración de ilegitimidad y el carácter injusto de las condenas que proclama la LMH no excluye el derecho de quienes estén legítimamente interesados en promover la revisión de dichas sentencias. Con la revisión judicial se trataría de conseguir, a través de la declaración de nulidad que se pudiera obtener, la inexistencia de tales sentencias y de las condenas que en ellas se impusieron.

Interpuesto recurso de amparo⁵⁹ (núm. 5310/2011) por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de acceso a la jurisdicción⁶⁰, el TC nuevamente acordó su inadmisión por resolución de fecha 17 de septiembre de 2012 con la escueta argumentación de “la manifiesta inexistencia de vulneración de un derecho fundamental tutelable en amparo, violación que, de acuerdo con el art. 44.1 LOTC, es condición para que este Tribunal pueda ejercer dicha tutela”⁶¹. Esta decisión de inadmisión *limine* contrasta con los sólidos argumentos y fundamentos que empleaba la demanda de amparo, a lo que debía añadirse su especial trascendencia constitucional⁶².

Se ha denunciado que con esta decisión el TC se negó a reconocer la superioridad axiológica del derecho democrático sobre el derecho no democrático⁶³.

Frente a esta inadmisión la familia del poeta ha recurrido ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU, sin que por el momento exista decisión sobre el fondo⁶⁴.

Por su parte, el 11 de febrero de 2007 el TEDH admitió un caso presentado por familiares de don Gurnés Bou, ex alcalde republicano de la localidad de Llagostera, fusilado el 7 de mayo de 1943 después de haber sido sentenciado a muerte por un Consejo de Guerra franquista como responsable de un delito de adhesión a la rebelión⁶⁵. Como en casos anteriores, tanto el TS (Auto 16/2004) como el TC habían desestimado la posibilidad de revisar la condena a muerte de Eugeni Gurnés Bou⁶⁶.

Ciertamente, una decisión favorable por parte del TEDH permitiría abrir la puerta a todos los familiares que solicitan la revisión de las condenas a muerte del franquismo, y obligaría al TS y al TC a modificar su actual posición reacia a declarar la nulidad de estas condenas⁶⁷. Condenas intrínsecamente injustas se mire por donde se mire.

59 Con carácter previo se había planteado incidente extraordinario de nulidad de actuaciones invocando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que fue desestimado por Auto de 20 de junio de 2011.

60 En síntesis, la demanda de amparo sostenía que la declaración de legitimidad, el carácter injusto y la pérdida de vigencia jurídica que proclamaban la LMH carecían de efectos jurídicos y no eran equivalentes a la nulidad de la condena, que es lo que se pretendía con la solicitud de revisión penal.

61 Una exposición detallada del *iter* procesal y de los argumentos utilizados tanto por la familia del poeta como por la Sala 5ª del TS puede consultarse en Oubiña Barbola, S., “Revisión, trascendencia constitucional y memoria histórica”, *Revista de Derecho Político*, N° 89, enero-abril 2014, UNED, p. 301 y ss.

62 Oubiña Barbola, S., “Revisión, trascendencia constitucional y memoria histórica”, *ob. cit.*, pp. 327-335.

63 Oubiña Barbola, S., “Revisión, trascendencia constitucional y memoria histórica”, *ob. cit.*, p. 336; Escudero Alday, R., “Los tribunales españoles ante la Memoria Histórica: el caso de Miguel Hernández”, *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, N° 11, 2013, p. 13, disponible en <http://hispanianova.rediris.es>, sostiene que con esta decisión de inadmisión *limine* el TC “se ha vuelto a erigir en garante del pacto de olvido y silencio de la transición. Al evitar la discusión sobre el fondo del asunto, echa tierra sobre las aspiraciones de las víctimas del franquismo —en este caso, de Miguel Hernández y sus familiares— de obtener una reparación real y efectiva”; y Equipo Nizkor, “Los absurdos lógicos y jurídicos del auto judicial en el caso del poeta Miguel Hernández”, *Información*, 27 marzo 2011, disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/miguel.html>.

64 Dato obtenido de Oubiña Barbola, S., “Revisión, trascendencia constitucional y memoria histórica”, *ob. cit.*, p. 336.

65 Datos obtenidos de Errandonea, J., “Estudio comparado de la anulación de sentencias injustas en España”, *International Center for Transitional Justice*, 2008, p. 33, disponible en https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Spain-Amnesty-Justice-2008-Spanish_0.pdf.

66 Recurso de amparo núm. 4610/2004, inadmitido por ATC 204/2006, por carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda de amparo.

67 Debe destacarse que la negativa por parte del TS y del TC a revisar las condenas franquistas contrasta con la posición mantenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, en la Sentencia de 2 de septiembre de 2015, dictada en el caso *Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*, declaró por unanimidad la violación del art. 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la misma Convención, por la ausencia de recursos para revisar las sentencias de condena dictadas en la dictadura de Pinochet. Como consecuencia de ello en el punto resolutivo 9 acordó que: “El Estado debe poner a disposición de las víctimas del presente caso, dentro del plazo de un año contado desde la notificación de la presente Sentencia, un mecanismo que sea efectivo y rápido para revisar y anular las sentencias de condena que fueron dictadas en la referida causa en su perjuicio, de conformidad con lo señalado en el párrafo 167 de la presente Sentencia. Ese mecanismo debe ser puesto a disposición de las demás personas que fueron condenadas por los Consejos de Guerra durante la dictadura

Como ha puesto de manifiesto un sector de la doctrina, la declaración de ilegitimidad e injusticia de las condenas franquistas presenta un carácter simbólico, pero no es equivalente a una declaración de nulidad de la propia sentencia de condena y carece de consecuencias jurídicas, a diferencia de su anulación⁶⁸, por lo que la promulgación de la LMH no debía ser un obstáculo para solicitar la revisión de las mismas, sino todo lo contrario⁶⁹. Sin embargo, paradójicamente la LMH ha acabado por convertirse en un argumento más para cortocircuitar todos los intentos de revisión y de anulación de las condenas franquistas.

En mi opinión, la anulación o declaración de nulidad de las condenas penales y sus innegables consecuencias jurídicas no es sólo una manifestación de reparación moral a las víctimas, sino que es una exigencia de higiene democrática y de decencia pública⁷⁰. El principio de “seguridad jurídica”, al que apela constantemente la Sala 5ª del TS, no puede utilizarse como argumento constitucionalmente válido para denegar la nulidad de las condenas a muerte franquistas⁷¹. Su invocación supone reconocer implícitamente legitimidad a un régimen fascista nacido de un golpe de Estado contra la legalidad democrática y constitucional republicana. A destacar que el Relator Especial sobre promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, en su Informe de 22 de julio de 2014, después de su misión a España, lamentaba la invocación por parte de las autoridades judiciales del principio de seguridad jurídica para denegar la revisión de las condenas, por encima de los derechos de las víctimas, el derecho a la justicia y los principios del debido proceso⁷². En sus recomendaciones proponía “identificar mecanismos idóneos para hacer efectiva la nulidad de las sentencias adoptadas en violación de los principios fundamentales del derecho y del debido proceso durante la Guerra Civil y el franquismo”⁷³.

militar chilena de conformidad con lo señalado en el párrafo 170 de la presente Sentencia”. Agradezco a Luis-Miguel Gutiérrez Ramírez, profesor asistente de Derecho Público de la Université Toulouse 1 Capitole, que me facilitara la información y me hiciera llegar la referida sentencia.

68 Escudero Alday, R., “La declaración de ilegitimidad de los tribunales franquistas: una vía para la nulidad de sus sentencias”, en AA.VV., *Derecho y memoria histórica*, Martín Pallín, J.A. y Escudero Alday, R. (eds.), Edit. Trotta, Madrid, 2008, pp. 209-234; Errandonea, J., “Estudio comparado de la anulación de sentencias injustas en España”, *International Center for Transitional Justice*, 2008, pp. 9-14, disponible en https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Spain-Amnesty-Justice-2008-Spanish_0.pdf; Manjón-Cabeza Olmeda, A., “2012: Las posibilidades legales de la memoria histórica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14, 2012, pp. 33-35, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-12.pdf>; Oubiña Barbolla, S., “Revisión, trascendencia constitucional y memoria histórica”, *ob. cit.*, pp. 312 y 314; Vallés Muñio, D., “EL TEDH no cuestiona la Ley de la memoria Histórica, pero podría”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Núm. 4, 2015, disponible en <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/304368>.

69 Escudero Alday, R., “Los tribunales españoles ante la memoria histórica: el caso de Miguel Hernández”, *ob. cit.*, p. 10; Vicente Ballesteros, T., “La Ley de Memoria Histórica como motivo de revisión penal”, *Jueces para la democracia*, núm. 74, julio 2012, pp. 70-81; Asencio Mellado, J. M., “La revisión de la condena del poeta Miguel Hernández”, en *Derecho, eficacia y garantías en la sociedad global*, Liber Amicorum I en honor de María del Carmen Calvo Sánchez, Edit. Atelier, Barcelona, 2013, pp. 69-97.

70 Sáez Valcárcel, R., “Anular las sentencias de la represión franquista. Una tarea de higiene pública”, *Jueces para la democracia*, núm. 64, marzo 2009, pp. 61-78; Arangüena Fanego, C., “La Ley de Memoria Histórica y sus limitaciones: una visión desde la óptica del derecho procesal”, en *Justicia penal internacional y justicia universal*, Coord. Tamarit Sumalla, J., Edit. Atelier, Barcelona, 2010, p. 141, afirma que “La declaración del carácter ilegítimo de las condenas y de los Tribunales que las pronunciaron y la habilitación de un procedimiento específico para obtener una declaración de reparación y reconocimiento personal con efectos puramente simbólicos del Ministerio de Justicia, están, en nuestra opinión, muy lejos de colmar las aspiraciones de las víctimas en este punto, resultando por lo demás frustrante que después de tantos estudios y esfuerzos y del tiempo transcurrido desde el restablecimiento de la democracia no se haya podido llegar a una verdad histórica, sino a una verdad individual, personal, pero no colectiva”.

71 Como expone Jimenez Villarejo, C., “El valor jurídico de las sentencias de los tribunales franquistas a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *ob. cit.*, p. 209, “La seguridad jurídica no puede invocarse para sacrificar el valor “justicia” que es el que fundamenta la reclamación de nulidad que se formula”.

72 Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, A/HRC/27/56/Add.1, de 22 de julio de 2014, párr. 97.

73 Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no

III.3. Retirada de los símbolos y monumentos públicos franquistas

La LMH acordó la retirada de escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la guerra civil y de la represión de la dictadura. Se exceptúan aquellos en los que concurrieran razones artísticas, arquitectónicas o artístico-religiosas protegidas por la ley (art. 15 LMH). Retirada de símbolos que, con anterioridad, había provocado reacciones contrarias por parte de la derecha política⁷⁴.

La actual previsión legal ha dado lugar a que las asociaciones de memoria histórica planteen ante los Tribunales la retirada de ciertos símbolos franquistas ante la negativa o pasividad de algunas autoridades administrativas competentes. El resultado no siempre ha sido favorable a la solicitud de retirada, amparándose, en algunos casos, en la excepción contemplada en la propia LMH y, en otros, en el silencio de las autoridades administrativas a las peticiones formuladas.

Consciente de estas resistencias, el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su Informe de 2 de julio de 2014, en su Recomendación y) instaba a “Velar por el respeto de la disposición de la Ley de Memoria Histórica que dispone la retirada de escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la dictadura”.

La cuestión de la retirada de símbolos ha llegado también finalmente al TC. La Asociación Viguesa por la Memoria Histórica recurrió la negativa del Ayuntamiento de Vigo de retirar la “Cruz de los Caídos” sita en el Monte do Castro. Cruz erigida por los franquistas en memoria de los vencedores de la guerra civil y como exaltación de la sublevación militar.

En primera instancia, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo acordó, en una sentencia con argumentos muy sólidos, la retirada del monumento. Sin embargo, recurrida en apelación la sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia estimó el recurso y revocó la sentencia que ordenaba la retirada de la Cruz, aunque la decisión contó con un voto particular.

La citada Asociación de la Memoria Histórica presentó demanda de amparo (Recurso núm. 3267/2015), alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En la misma denunciaba, en síntesis, que la sentencia impugnada había llevado a cabo una interpretación contraria a la ley. Interpretación que calificaba de arbitraria, irracional e irrespetuosa con el resultado de la prueba practicada en el proceso.

Por decisión de 18 de noviembre de 2015, el TC inadmitió de plano la demanda “dada la manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo”, cerrando así toda vía constitucional para examinar la cuestión de fondo planteada.

Aunque es el único caso que hasta ahora se ha planteado ante el TC, la causa de la decisión de inadmisión hace previsible que otras eventuales demandas de amparo que pudieran presentarse correrán el mismo destino.

repetición, Pablo de Greiff, A/HRC/27/56/Add.1, de 22 de julio de 2014, párr. 104, letra p).

⁷⁴ Cabe traer a colación la reacción de don Mariano Rajoy, en su calidad de Presidente del PP, ante la retirada de la última estatua de Franco que quedaba en Madrid, acusando al Gobierno del PSOE, de don José Luis Rodríguez Zapatero, de “romper el espíritu de la transición”: vid. *El País*, 19 marzo 2005, en http://elpais.com/diario/2005/03/19/espana/1111186818_850215.html. Afirmaciones propias de los discursos neofranquistas.

IV. Cuadros gráficos

En este apartado se incluyen tres cuadros gráficos que sistematizan una serie de datos obtenidos del examen de 21 demandas de amparo presentadas relacionadas con temas de la memoria histórica.

Tabla I

(Calidad de los demandantes de amparo)

La presente Tabla I refleja la *calidad* de los recurrentes de amparo que han presentado las diferentes demandas analizadas, esto es, si se trata de personas físicas, asociaciones para la recuperación de la memoria histórica u otros, así como el cómputo total de los mismos⁷⁵.

Demandantes de amparo	Total
Particulares	32 ⁷⁶
Asociaciones para la Recuperación de la Memoria Histórica	41 ⁷⁷
Otros ⁷⁸	3

Como puede comprobarse, el número total de demandantes de amparo es de 76. En términos globales, el número de “asociaciones para la recuperación de la memoria histórica” como demandantes es superior al de particulares o personas físicas, lo que evidencia el papel activo que han desempeñado dichas asociaciones haciendo llegar al Tribunal Constitucional sus pretensiones y peticiones concretas en nombre de las víctimas y familiares de personas desaparecidas y asesinadas durante la dictadura franquista.

Tabla II

(Derechos fundamentales alegados)

En esta Tabla II se incluyen todos los derechos fundamentales cuya alegación de vulneración se ha utilizado como fundamentó de las demandas de amparo examinadas, tomando en cuenta que, en algunos casos, una misma demanda estaba basada en la alegación de vulneración de uno o más derechos fundamentales, al margen de su mayor

⁷⁵ Debo advertir que en algunos supuestos una misma demanda de amparo ha sido suscrita por varias personas y/o asociaciones lo que ha sido tenido en cuenta a los efectos de elaborar la presente Tabla I y hacer el cómputo total del número de demandantes. No obstante, de dicho cómputo se han excluido aquellos demandantes cuyos recursos no fueron admitidos por falta de acreditación de la representación procesal.

⁷⁶ En algunos casos una misma persona física ha presentado diferentes demandas de amparo (por ejemplo, Recursos de amparo núms. 3030/2009, 4985/2009, 8548/2010, 23/2011 y 936/2014), no obstante, a efectos del cómputo total se ha contabilizado como si fueran diferentes demandantes.

⁷⁷ Al igual que en el caso anterior, hay supuestos en que una misma asociación ha presentado varias demandas (vid., por ejemplo, Recursos de amparo núms. 4779/2009 y 8833/2010), computándose por separado a efectos de obtener el número total de demandantes.

⁷⁸ Sindicatos (Recursos de amparo núm. 8910/2010 y núm. 880/2011), y partidos políticos (Recurso de amparo núm. 9281/2009).

o menor justificación y desarrollo argumental y de los motivos concretos que fundamentaban su invocación.

En todo caso, debo destacar que en ocasiones he encontrado ciertas dificultades en la identificación del concreto derecho fundamental cuya vulneración se alegaba, pues no había correspondencia entre el derecho fundamental formalmente invocado en la demanda y el posterior desarrollo argumental de la pretensión, o la invocación del derecho fundamental se hacía en términos excesivamente genéricos, ambiguos o poco precisos.

Derechos Fundamentales Alegados	Total
Principio de igualdad y prohibición de discriminación (art. 14 CE).	6
Prohibición de tratos inhumanos (art. 15 CE)	1
Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su modalidad de resolución motivada y fundada en Derecho.	10
Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su modalidad de acceso al proceso.	10
Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su modalidad de acceso a los recursos.	9
Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) denunciando el vicio de incongruencia.	9
Derecho al Juez predeterminado por la ley y a un Tribunal imparcial (art. 24.2 CE).	6
Derecho a un proceso público, sin dilaciones indebidas y con todas las garantías (art. 24.2 CE).	10
Principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), por aplicación indebida.	3

Como puede constatar, el derecho fundamental cuya vulneración ha sido más veces invocada en las diferentes demandas de amparo es el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en sus diferentes modalidades y/o manifestaciones, con un total de 38 ocasiones.

Tabla III

(Causas de inadmisión de las demandas de amparo)

Por último, en la Tabla III se reflejan las diferentes causas o motivos legales que han dado lugar a la inadmisión de las demandas de amparo, de un total de 21 demandas examinadas.

Causas de inadmisión	Total
Por carecer manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo [art. 50.1.c) LOTC, según redacción anterior a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo], o por manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental [arts. 44 y 50.1.a) LOTC, según redacción dada por Ley Orgánica 6/2007].	4
No justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo [art. 49.1 en relación con el art. 50.1.a) LOTC, según redacción dada por Ley Orgánica 6/2007].	4
No apreciación de la especial trascendencia constitucional [art. 50.1.b) LOTC, según redacción dada por Ley Orgánica 6/2007].	5
Otras causas: por incumplimiento de requisitos procesales: falta de agotamiento, extemporaneidad, etc.	8

Como puede observarse, todas las demandas de amparo examinadas fueron inadmitidas *a limine* por el TC, sin que ninguna de ellas superase la fase de admisión.

Llama la atención que hasta en 5 ocasiones el TC ha inadmitido la demanda de amparo por no apreciar especial trascendencia constitucional en el recurso.

En estos momentos, no existe ninguna demanda de amparo relacionada con la memoria histórica que haya sido admitida por el TC y que esté pendiente de resolución sobre el fondo. Como expuse, todas ellas han sido inadmitidas de plano (*a limine*).

V. REFLEXIÓN FINAL

El proceso de transición seguido en España deja mucho que desear desde la óptica de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación típicos de un esquema transicional. Frente a las demandas de la sociedad civil y de las víctimas de la dictadura, el *establishment* político ha mostrado ausencia de valentía y tibieza. Actitud que ha contagiado al TC, que ha demostrado falta de valentía y de liderazgo en afrontar las cuestiones relacionadas con la memoria histórica.

El papel institucional que en nuestra sociedad democrática está llamado a desempeñar obligaba al TC, en el marco de los procedimientos y recursos legalmente establecidos, a asumir un rol protagónico que permitiera introducir criterios de racionalidad constitucional con el fin de garantizar los derechos a la verdad, justicia y reparación y dar cumplida respuesta a las legítimas demandas y solicitudes de las víctimas de la dictadura franquista.

Sin embargo, el TC ha optado por una táctica elusiva, inadmitiendo de plano todas las demandas presentadas. En definitiva, el actual TC lejos de erigirse como un actor

institucional relevante en la protección y garantía de los derechos de las víctimas del régimen franquista se ha comportado como un tribunal timorato. Ciertamente se ha indicado que los jueces constitucionales deben adoptar una actitud prudente al valorar los procesos transicionales⁷⁹. Pero una cosa es ser prudente y otra estar silente, eludiendo sistemáticamente todas las reclamaciones legítimas planteadas por las víctimas de la dictadura franquista.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILAR, P., "Transitional or Post-transitional Justice? Recent Developments in the Spanish Case", *South European Society & Politics*, Volume 13, Issue 4, 2008.
- AGUILAR, P., "Jueces, represión y justicia transicional en España, Chile y Argentina", *Revista Internacional de Sociología*, Vol. 71, nº 2, Mayo-Agosto 2013.
- ARANGÜENA FANEGO, C., "La Ley de Memoria Histórica y sus limitaciones: una visión desde la óptica del derecho procesal", en *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Coord. Tamarit Sumalla, J., Edit. Atelier, Barcelona, 2010.
- ASENCIO MELLADO, J. M., "La revisión de la condena del poeta Miguel Hernández", en *Derecho, eficacia y garantías en la sociedad global*, Liber Amicorum I en honor de María del Carmen Calvo Sánchez, Edit. Atelier, Barcelona, 2013.
- BARTOLE, S., "Final remarks: the role of the Venice Commission", *Review of Central and East European Law*, 26 Nº 3, March 2000.
- BASTIDA, X., *La nación española y el nacionalismo constitucional*, Edit. Ariel, Barcelona, 1988.
- BIAGI, F., "The Constitutional Courts as the Guardians of "Substantive" Transitions: With Special Reference to Italy, Spain and the Czech Republic", en S. Pennicino (ed.), *European Union and Legal Reform 2009*, Clueb, Bologna, 2010.
- BLAKELEY, G., "Politics as usual? The Trials and Tribulations of the Law of Historical Memory in Spain", *Entelequia. Revista Interdisciplinaria*, Nº 7, septiembre 2008.
- BONET PÉREZ, J. y ALIJA FERNÁNDEZ, R. A., *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Núm. 53, Bilbao, 2009.
- CARRILLO LÓPEZ, M., "El Tribunal Constitucional y la memoria Histórica", publicado en *El País*, disponible en 27 de agosto de 2004. http://elpais.com/diario/2004/08/27/opinion/1093557606_850215.html.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., "Transición española y justicia transicional: ¿qué papel juega el ordenamiento jurídico internacional en un proceso de transición? A propósito de la coherencia, buena fe y otros principios de derecho internacional postergados en la transición política de España", *Entelequia. Revista Interdisciplinaria: Monográfico*, nº 7, septiembre 2008.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., "Justicia transicional: "Memoria Histórica", y responsabilidad internacional del Estado: Un análisis general a propósito del cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales en juego después de más de tres décadas del inicio formal de la transición política española", *Revista de Derecho de Extremadura*, Nº 4, 2009.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., "Proceso penal y Derecho internacional. Imposibilidad de castigar vs. Obligación de investigar: algunas reflexiones y propuestas", *La Ley*, núm. 7845, 25 de abril de 2012.
- CLAVERO, B., "Transición y Constitución: ¿Qué relación guardan en España que importe hoy?", *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº 6, marzo-agosto 2014.
- DE GREIFF, P (ed.), *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- DEL ÁGUILA TORRES, J. J., "La represión política a través de la jurisdicción de guerra y sucesivas jurisdicciones especiales del franquismo", *Hispania Nova, Revista de Historia Contemporánea*, Núm. 1 Extraordinario, 2015.

79 Vid. XX Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales de América Latina, *Nuevas prácticas y narrativas constitucionales en América Latina: aportes desde la justicia*, celebrado en Buenos Aires, 16-18 junio 2004, Conclusiones del Panel sobre Justicia Transicional, p. 4, disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/wp-content/uploads/Conclusiones-del-Encuentro.pdf>.

- ELSTER, J., *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz Editores, Buenos Aires, 2006.
- EPSTEIN, L., KNIGHT, J., y SHVETSOVA, O., "The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government", *Law & Society Review*, Volume 35, Number 1, 2001.
- ERRANDONEA, J., "Estudio comparado de la anulación de sentencias injustas en España", *International Center for Transitional Justice*, 2008.
- ESCUDERO ALDAY, R., "La declaración de ilegitimidad de los tribunales franquistas: una vía para la nulidad de sus sentencias", en AA.VV., *Derecho y memoria histórica*, Martín Pallín, J. A. y Escudero Alday, R. (eds.), Edit. Trotta, Madrid, 2008.
- ESCUDERO ALDAY, R., "Jaque a la Transición: análisis del proceso de recuperación de la memoria histórica", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Núm. XXIX, Enero 2013.
- ESCUDERO ALDAY, R., "Los tribunales españoles ante la Memoria Histórica: el caso de Miguel Hernández", *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, Nº 11, 2013.
- ESCUDERO ALDAY, R., "Road to Impunity: The Absence of Transitional Justice Programs in Spain", *Human Rights Quarterly*, Volume 36, Number 1, February 2014.
- FERRÁNDIZ, F., "Exhumaciones y relatos de la derrota en la España actual", *Jerónimo Zurita. Revista de Historia*, núm. 84, 2009.
- GARCÍA AMADO, J. A., "Usos de la historia y legitimidad constitucional", en AA.VV., *Derecho y memoria histórica*, Martín Pallín, J.A. y Escudero Alday (eds.), Edit. Trotta, Madrid, 2008.
- GARZÓN VALDÉS, E., "El papel del poder judicial en la transición a la democracia", en *Poder judicial y democracia. Jueces demócratas o democracia de los jueces*, Fundación para la Investigación y la Cultura, Bogotá, 2005.
- GIL GIL, A. *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Edit. Atelier, Barcelona, 2009.
- GIL GIL, A., "Informe nacional sobre España", en Ambos, K., Malarino, E. y Elsner, G. (editores), *Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlin, 2009.
- GIL GIL, A., "Los crímenes de la guerra civil española: ¿Responsabilidad del Estado Español por infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos? Análisis de la decisión del TEDH de 27 de marzo de 2012, caso Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz contra España, y de sus antecedentes en la jurisdicción española", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 4, 2012.
- GÓMEZ ISA, F., "Retos de la justicia transicional en contextos no transicionales: el caso español", *Justicia de transición: el caso de España*, Ripol Carulla, S. y Villán Durán, C. (eds.), Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, 2012.
- HAJJI, N., "Post-transitional Justice in Spain: Passing the Historic Memory Law", *Columbia University Journal of Politics & Society*, Volume 25, Number 1, Spring 2104.
- JIMENEZ VILLAREJO, C., "El valor jurídico de las sentencias de los tribunales franquistas a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Justicia de transición: el caso de España*, Ripol Carulla, S. y Villán Durán, C. (eds.), Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, 2012.
- LEDESMA BARTRET, F., *Los jueces contra el franquismo: Justicia Democrática*, Pilar Díaz Sánchez (ed.), Maia Ediciones, Madrid, 2016.
- LÓPEZ GUERRA, L., "The Application of the Spanish Model in the Constitutional Transitions in Central and Eastern Europe", *Cardozo Law Review*, Nº 19, Peaceful Transitions to Democracy, 1988.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., "2012: Las posibilidades legales de la memoria histórica", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14, 2012, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-12.pdf>.
- MARTÍN PALLÍN, J. A., "La Ley que rompió el silencio", en *Derecho y memoria histórica*, Martín Pallín, J. A. y Escudero Alday, R. (eds.), Edit. Trotta, Madrid, 2008.
- MIRANDA ESTRAMPES, M., "El Caso del Arroyo de la Coja de Jauja (una desaparición forzada de 1936 sin resolver. Crónica de una ocasión perdida)", *La Ley*, núm. 7076, 15 de diciembre de 2008.
- MORENO PÉREZ, A. y CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., "La decisión del TEDH en el asunto *Canales Bermejo c. España*: una sombra definitiva", Series Análisis Jurídicos-GCyF, Diciembre 2012, *Rights*

- International Spain*, disponible en <http://www.rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/f2d650588e849dbe4480d981d8fee6ecf8b791c0.pdf>.
- MUÑOZ CONDE, F., “La transformación jurídica de la dictadura franquista en un Estado de Derecho”, *Portal Iberoamericano de Ciencias Penales*, 2008, disponible en http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/munoz%20conde-franquismo.pdf.
- NAVARRO, V., “Las consecuencias de la transición inmodélica”, diario digital *El Plural*, 24 de septiembre de 2012, <http://www.vnavarro.org/?p=7859>.
- OUBIÑA BARBOLLA, S., “Revisión, trascendencia constitucional y memoria histórica”, *Revista de Derecho Político*, N° 89, enero-abril 2014, UNED.
- QUERALT, J. J., “Desmemoria histórica”, publicado en *El País*, 5 de enero de 2007, disponible en http://elpais.com/diario/2007/01/05/espana/1167951617_850215.html.
- RODRÍGUEZ ARIAS, M. A., “La nueva ley de la memoria y la vulneración de los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en el caso de los desaparecidos del franquismo”, *Jueces para la Democracia*, núm. 63, noviembre de 2008.
- SÁEZ VALCÁRCEL, R., “Justicia transicional y España ¿Se puede juzgar la historia?”, en *Memoria Histórica: ¿Se puede juzgar la historia?*, Jueces para la Democracia y Fundación Antonio Carretero, Madrid, 2009.
- SÁEZ VALCÁRCEL, R., “Anular las sentencias de la represión franquista. Una tarea de higiene pública”, *Jueces para la democracia*, núm. 64, marzo 2009.
- SAFJAN, M., “Transitional Justice: The Polish Example, the Case of Lustration”, *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1, N° 2, 2007.
- SILVA, E., “El despertar de la memoria histórica en España: el papel de la sociedad civil”, en AA.VV. *El derecho a la memoria*, Gómez Isa, F. (Director), Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, Bilbao, enero de 2006.
- TAMARIT SUMALLA, J., “Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español”, *Política Criminal*, Vol. 7, N° 13 (Julio 2012).
- TAMARIT SUMALLA, J., “Memoria histórica y justicia transicional en España: el tiempo como actor de la justicia penal”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, vol. 2, 2014.
- TEITEL, R. G., *Transitional Justice*, Oxford University Press, New York, 2000.
- URDILLO, U., “Impunity for enforced disappearances in contemporary Spain: the Spanish search for truth”, *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, Vol. 6, N° 1, 2011.
- VALENCIA VILLA, H., “La ley española de amnistía de 1977 en una perspectiva de justicia transicional”, en *Justicia de transición: el caso de España*, Ripol Carulla, S. y Villán Durán, C. (eds.), Institut Català Internacional per la Pau, 2012.
- VALLÉS MUÑO, D., “EL TEDH no cuestiona la Ley de la memoria Histórica, pero podría” *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Núm. 4, 2015.
- VAN ZYL, P., “Promoting Transitional Justice in Post-Conflict Societies”, *Security Governance in Post-Conflict Peacebuilding*, Chapter 10, Bryden, A. and Hänggi H. (eds.), DCAF, Geneva, 2005.
- VICENTE, L., “La obligación de investigar los crímenes del pasado y garantizar los derechos de las víctimas de desaparición forzada durante la guerra civil y el franquismo”, en *Memoria Histórica: ¿Se puede juzgar la historia?*, Jueces para la Democracia y Fundación Antonio Carretero, Madrid, 2009.
- VICENTE BALLESTEROS, T., “La Ley de Memoria Histórica como motivo de revisión penal”, *Jueces para la democracia*, núm. 74, julio 2012.
- VILLAGRASA HERNÁNDEZ, F. y ALBEROLA SURIÑACH, O., “Resumen histórico del Grupo pro revisión del proceso Granado-Delgado”, *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, Núm. 7, 2007.
- ZAPICO BARBEITO, M., “La investigación de los crímenes del franquismo: entre el procesamiento por prevaricación abierto contra el Juez Baltasar Garzón y la querrela presentada en Argentina en virtud del ejercicio de la jurisdicción universal”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 14, 2010.

APUNTES CRÍTICOS EN TORNO A LA “ASOCIACIÓN TRASATLÁNTICA PARA EL COMERCIO Y LA INVERSIÓN” (ATCI/TTIP)

Javier A. GONZÁLEZ VEGA

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA NUEVA GENERACIÓN DE ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO Y EL ACUERDO ATCI/TTIP

La regulación internacional del comercio está cambiando. No es sólo que el comercio internacional se desplace hacia nuevas áreas —el *Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP)* ahí está¹— sino que los instrumentos reguladores y las reglas y mecanismos aplicables están experimentando una acusada transformación. Se ha hablado de una transición desde la liberalización comercial “bilateral” o “multilateral” —que sería el universo mental de los siglos XIX y XX, anclado en la Cláusula de la Nación más favorecida y el GATT/OMC— hacia una nueva era de regulación comercial². A esta nueva generación responderían, entre otros, los nuevos tratados multilaterales restringidos (llamados ahora, “plurilaterales”) como la *Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (ATCI/TTIP)* —en curso de negociación— con su diseño de la cooperación regulatoria, el *Acuerdo Global sobre Economía y Comercio (CETA)* en vías de conclusión entre la Unión Europea y Canadá³ o el menos conocido *Acuerdo sobre el Comercio de Servicios (ACS/TISA)*, cuya negociación iniciaron casi en paralelo al ATCI/TTIP, EEUU, la UE y otros Estados de la OMC, proclives a una intensificación de los, a su juicio, magros resultados del AGCS/GATS de 1995⁴.

Ciertamente, el objetivo del ATCI/TTIP no deja de ser la potenciación de libre comercio, cuyos saludables efectos nadie negará; de hecho, por ahorrar un debate recurrente, desde una perspectiva económica, tal como sugieren P.R. Krugman y B.R. Obstfeld, “el libre comercio es generalmente mejor que ninguna otra política que pueda aplicar un Gobierno”⁵. Por otra parte, si primamos el enfoque político, hemos de constatar que constituye casi un axioma la idea que ve en la potenciación del libre comercio una herramienta para afianzar las relaciones pacíficas entre los Estados⁶.

1 En cuanto al TPP —cuyo texto, a la espera de su revisión, era difundido públicamente el 5 de noviembre de 2015— *vid. Lester, S., “The TPP’s Contribution to Public International Law”, ASIL Insights*, vol. 19, núm. 26, 2 de diciembre de 2015; accesible en <<https://www.asil.org/insights/volume/19/issue/26/tpps-contribution-public-international-law>>.

2 *Cfr. Cottier, Th., “International Economic Law in Transition from Trade Liberalization to Trade Regulation”, Journal of International Economic Law*, vol. 17, 2014, pp. 671-677. Sobre las razones del cambio, asociadas con la pretendida ineficiencia del “democrático” modelo OMC *vid. Colomer, J.M., El Gobierno mundial de los expertos*, 2014, Anagrama, Barcelona, 2015, pp. 111-113.

3 Ya concluida su negociación —el texto fue autenticado en Ottawa el 26 de septiembre de 2014— el acuerdo —cuya celebración podría ultimarse este año (2016)— es visto por algunos como la antesala del ATCI/TTIP por su regulación en materia de servicios y por el mecanismo de arreglo de controversias en materia de inversiones (ISDS), muy cuestionado, no obstante (*vid. infra*). Al respecto *vid. Balmont, L., (dir.), “Chronique des faits internationaux”, RGDIP*, t. 119, 2015, pp. 249-250; Campbell, N., O’Hara, J., Cullen, Th., “The Impact of New Transatlantic Trade Agreements on Commercial and Investment Transactions”, *Business Law International*, vol. 16, 2015, pp. 185-212; Webb, D., O’Neill, M., “CETA: The EU-Canada free trade agreement”, House of Commons, *Briefing Paper*, núm. 7492, 19 de febrero de 2016.

4 Participan así junto a éstos, Australia, Canadá, Chile, Colombia, Corea, Costa Rica, Hong Kong, Islandia, Israel, Japón, Liechtenstein, Mauricio, México, Noruega, Nueva Zelanda, Pakistán, Panamá, Perú, Suiza, Taiwán y Turquía. Al respecto *vid. <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/tisa/index_es.htm>*.

5 *Economía internacional. Teoría y Política*, 7ª ed., Pearson, Madrid, 2006, p. 222.

6 Sobre la realidad y el mito en torno a esta idea, *vid. Ghérari, H., “L’esprit de commerce ne peut coexister avec*

En todo caso, al margen de dogmas liberales, la creación de las Comunidades Europeas respondió a esta idea, en tanto que posteriores desarrollos —particularmente el Acta Única Europea de 1986— reforzaron este objetivo. Sin embargo, conviene advertir que las herramientas para ello no serán los tradicionales desarmes arancelarios al uso —reducidos hoy en general en las relaciones trasatlánticas a cifras anecdóticas (entre el 3% y el 4,5%)⁷— sino medidas de otro cariz —la eliminación de las barreras técnicas o fiscales— tras las que se esconde muchas veces el proteccionismo (*v. gra.* asunto *Cassis de Dijon*), pero que también en ocasiones responden a objetivos (salud, medio ambiente, protección de los consumidores, etc.), merecedores de atención por parte de los poderes públicos⁸.

Por otra parte, el cambio de modelo supone en la práctica una redefinición de las áreas de libre comercio, abandonando las anteriores tentativas por establecer un marco global (“multilateralismo”) en el seno de la OMC⁹, en pro de espacios más definidos (“megabloques comerciales”) a los que alude el eufemístico término “plurilateralismo”. Sin embargo, esta apuesta por el diseño de instrumentos librecambistas entre algunos de sus miembros —pero al margen de la OMC— puede reportar inconvenientes tanto desde una perspectiva jurídica como económica, pues, como se ha destacado los particularismos inherentes a los diferentes acuerdos alcanzados —o en proceso de negociación— están “incrementando la fragmentación de las reglas del juego para las empresas implicadas en el comercio internacional, generando al mismo tiempo sustanciales costes de información” para aquéllas¹⁰.

En otro orden de cosas, este nuevo diseño tiene unas implicaciones geopolíticas evidentes porque el TTIP —conjugado con otros instrumentos concluidos coetáneamente (TPP, CETA, etc.)— deja fuera, de un lado, a la RP China; de otro, a Rusia, así como a las restantes economías emergentes (BRICS), por lo que no ha faltado quien lo ha tildado —nada menos que Hillary Clinton— de “OTAN económica”¹¹. Por ceñirnos meramente al caso chino, es indudable que los temores —comúnmente compartidos entre Europa y EEUU— acerca de los riesgos derivados de su futura hegemonía comercial, asociada a un sistema político autoritario y un capitalismo de Estado “salvaje”, constituyen el fermento sobre el cual se cimenta actualmente el proceso negociador¹².

la guerre’ Cosmopolitisme et libéralisme économique dans la construction du droit international économique?”, en *Le cosmopolitisme juridique*, (O. de Frouville, dir.), A. Pedone, París, 2015, pp. 253-273.

7 Naturalmente, este es el promedio, sin perjuicio que éste se eleve al 7% respecto del común de los productos agrícolas y alcance incluso la cota del 30% respecto de productos como el calzado o el acero.

8 Para señalar su carácter innovador se habla de “acuerdos de libre comercio *transformativos*” (*cf.* “JIEL Debate: Transformative Transatlantic Free Trade Agreements”, en *Journal of International Economic Law*, vol. 18, 2015, pp. 577-696), particularmente, por su posible incidencia en un hipotético futuro cambio del modelo al uso sustentado en la OMC.

9 Al respecto *vid.* Ghérari, H., “L’avenir du cycle de Doha”, en SFDI, *Colloque de Lyon, Droit international et Développement*, A. Pedone, París, 2015, pp. 441-458, en esp. pp. 455-456, que inscribe precisamente el TISA en esta tesitura.

10 *Cfr.* Hoekman, B.M., Mavroidis, P.C., “WTO ‘à la carte’ or ‘menu du jour’? Assessing the Case for More Plurilateral Agreements”, *The European Journal of International Law*, vol. 26, p. 319-343, en p. 320.

11 Apuntando en la misma línea, R.N. Gardner habla de soldar la relación trasatlántica con “un equivalente económico a la OTAN” y una caracterización semejante definiendo H. Kissinger (*cf.* *Orden Mundial. Reflexiones sobre el carácter de los países y el curso de la historia*, Debate, Barcelona, 2016). Por otra parte, como recuerda Ch.T. Powell, de quien tomamos la cita, el TTIP es “el único proyecto verdaderamente estratégico impulsado por Obama con la UE durante su mandato” y permitiría a Estados Unidos y a la Unión Europea moldear la gobernanza económica global del siglo XXI a su imagen y semejanza, sobre todo si el acuerdo se abriese a terceros países dispuestos a asumir los estándares aprobados.” (*Cfr.* Powell, Ch.T., “La política exterior y de seguridad de Barack Obama: ¿Hacia un nuevo paradigma geopolítico estadounidense?”, *Ri Elcano, Documento de Trabajo* 20/2015, 29 de diciembre de 2015, pp. 27-28). La vinculación entre la “Administración Obama” y el proyecto de acuerdo ahora en discusión no debe hacer perder de vista que sus antecedentes se remontan a la “Administración Bush” (*Cfr.* Prieto, C., “Et si l’Union Européenne se décomposait dans un grand marché transatlantique?”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2014, p. 578).

12 Decimos “actualmente” porque no debe ocultarse que el proyecto trasatlántico —que hunde sus raíces en las sucesivas Declaraciones trasatlánticas de G.H. Bush y W. Clinton de 1990 y 1995— enlaza con la propuesta sobre “Un

2. LA OPACIDAD EN EL DESARROLLO DE LAS NEGOCIACIONES

Vaya por delante que, tradicionalmente, un rasgo característico de toda negociación en Derecho internacional ha sido el de la confidencialidad. Ciertamente, el Convenio de Viena sobre derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969 —expresivo del Derecho en vigor en la materia como ha reconocido repetidas veces el TJUE— no se refiere a ello, pero se da por sentado que es un rasgo propio de toda negociación. Tanto es así que en el pasado incluso los “Estados socialistas” —que tendían a cuestionar buena parte de las reglas del Derecho internacional como expresión de un orden burgués— se caracterizaban por insistir en tal exigencia¹³.

Empero, ha de advertirse que la regla de la confidencialidad no es una “regla de oro”. En particular el desarrollo “exponencial” de negociaciones en entornos multilaterales ha tendido a introducir mecanismos de publicidad: las grandes conferencias internacionales promovidas por Naciones Unidas —la última la desarrollada en París en otoño pasado sobre el clima— han propiciado una difusión de las propuestas negociadoras, convirtiéndose la publicidad en un elemento más de presión en el contexto negociador¹⁴.

En el ámbito de la UE, a todo lo expuesto se suma un dato adicional: la existencia de un *principio de transparencia*, que obliga a sus instituciones a facilitar información a los ciudadanos acerca de las actuaciones que emprende la UE, si bien este principio conoce excepciones, asociadas particularmente con la acción exterior, en donde se incluye la política comercial: ámbito éste último tradicionalmente rodeado de particular sigilo en la UE (recuérdense las limitaciones —*Procedimientos Luns* y *Luns-Westerterp*— que en su día caracterizaban estas negociaciones frente a los intentos de control por parte del PE)¹⁵. Dicho lo anterior, sin embargo, ha de convenirse que la tensión entre transparencia y confidencialidad en el dominio de las negociaciones internacionales desarrolladas por la UE no se resuelve siempre en favor de la segunda, como acredita la Sentencia TJUE de 3 de julio de 2014, *Consejo c. in’t Veld* (asunto C-350/12 P), en la que aun admitiendo que:

“la participación del público en el procedimiento relativo a la negociación y conclusión de un tratado internacional está necesariamente restringida, teniendo presentes el interés legítimo de no desvelar los elementos estratégicos de las negociaciones”¹⁶

El Tribunal concluyó reconociendo que el mismo interés general imponía en el caso el que el documento reclamado fuera accesible.

Pese a todo lo anterior, es menester destacar que el ATCI/TTIP plantea problemas de orden estructural en orden a posibilitar un hipotético despliegue del apuntado principio de transparencia, dado que su negociación discurre conforme al principio del *package*

nuevo mercado trasatlántico” defendida en 1997 por el entonces Comisario británico Sir Leon Brittan en el seno de la Comisión Santer (cfr. Viñas, A., “UE-USA: Una relación comercial complicada”, *Tiempo de Paz*, núm. 117, verano 2015 (monográfico “Debate sobre el TTIP”), p. 10).

13 Cfr. Comunicado del Ministerio de Comercio Exterior de la RP China sobre las negociaciones comerciales chino-cubanas de 1966, reprod. en González Campos, J.D., Sánchez Rodríguez, L.I., Andrés Sáenz de Santa María, P., *Materiales de Prácticas de Derecho Internacional Público*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1984, pp. 36-37.

14 Peters, A., “La transparence comme principe du Droit international public”, en *Le cosmopolitisme juridique*, cit., pp. 171-185, en p. 179.

15 Tras el Tratado de Lisboa ha habido importantes desarrollos tanto normativos como derivados de la práctica institucional que han introducido una considerable presión sobre la vigencia de la confidencialidad, en respuesta a los afanes de Comisión y Consejo por ampliar su dominio so pretexto de la dimensión “securitaria” presente en muchas acciones de la UE (cfr. Curtin, D., “Judging EU Secrecy”, *Cahiers de Droit Européen*, 2012, pp. 459-490, en esp. pp. 464-465 y 468-469).

16 Párr. 102.

deal: esto es, una “negociación global” que alcanza a todos sus puntos hasta que se alcance un acuerdo definitivo; o lo que es lo mismo, que los términos acordados no son firmes hasta el cierre mismo de la negociación, por lo que una eventual publicidad de las negociaciones no garantiza un cabal conocimiento de los términos del acuerdo: más aún, la instrumentalización de ésta podría propiciar cambios drásticos en el contenido de los compromisos provisionalmente alcanzados.

Con todo, ha de reconocerse que tras el “secretismo inicial” en los albores de la negociación del ATCI/TTIP, éste ha sido paulatinamente abandonado por parte de la “Comisión Juncker” (difusión del mandato negociador en 2014; consultas públicas en 2014; publicidad de las propuestas negociadoras de la Comisión) en lo que se percibió como una clara respuesta a las agudas críticas recibidas por parte de la opinión pública y las organizaciones de la sociedad civil. El resultado, es cierto, sitúa a la UE a considerable distancia del grado de información que se dispensa al proceso negociador en los EEUU y del común, por otra parte, en otras negociaciones de esta índole.

3. EL CONTROL DEMOCRÁTICO: ¿QUÉ PAPEL PARA LOS GOBIERNOS? ¿Y PARA LOS CIUDADANOS?

Empecemos recordando que la negociación del Acuerdo compete a la Comisión, siguiendo eso sí las instrucciones cursadas por el Consejo al aprobar el mandato negociador. Se da aquí una división de funciones característica de todo proceso de negociación internacional: *v. gra.* en España, la Constitución y la reciente LTOAI —esta última, particularmente— precisan que el Gobierno acuerda la apertura de negociaciones, pero éstas las desarrolla el Ministerio competente *ratione materiae*.

En cuanto al control democrático en relación con el TTIP se plantean 3 cuestiones: de un lado el control en manos del PE; de otro, el control del acuerdo por parte de los Estados miembros a través de sus Parlamentos nacionales; finalmente, las posibilidades de control en manos de los ciudadanos. En cuanto a lo primero —el *control por parte del PE*— la información facilitada regularmente a la cámara es, por el momento, reducida por todo lo expuesto con anterioridad. Con todo, será el Parlamento Europeo el responsable —a través del procedimiento legislativo especial, antes conocido como “dictamen conforme”— de pronunciarse a favor o en contra del Acuerdo (art. 218 TFUE); eso sí, limitándose a aprobarlo o rechazarlo, pero sin poder introducir ningún tipo de enmiendas¹⁷.

Más discutible es la cuestión de si los *Parlamentos Nacionales* habrán de venir llamados a intervenir en el proceso. Por de pronto, ciertamente, los Estados miembros —sus Gobiernos— participan en el *iter* decisorio pues es al Consejo de la UE —en el que se hallan todos ellos representados— al que corresponde aprobar el acuerdo; cosa distinta es qué reglas habrían de resultar aplicables, por cuanto —desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la consiguiente revisión de las disposiciones de la UE en materia

17 Los consabidos límites en el control parlamentario de la conclusión del TTIP —y del previamente negociado CETA— han llevado a sugerir la necesidad de reforzar en su implementación los mecanismos de la democracia participativa y deliberativa contemplados en el art. 11 TUE (*vid. infra*), de suerte que se evite la “mercantilización” (*commodification*) de los ciudadanos europeos (*cf.* Petersmann, E.U., “Transformative Transatlantic Free Trade Agreements without Rights and Remedies of Citizens?”, *Journal of International Economic Law*, vol. 18, 2015, pp. 579-607, en p. 606). Debe de advertirse, sin embargo, que en EEUU donde el control parlamentario de los tratados comerciales resulta *a priori* más severo —posibilitando la introducción de enmiendas— se ha habilitado respecto del TPP y del TTIP el procedimiento de urgencia (*fast track*), coincidente con el “dictamen conforme”, autorizando al Presidente (*Trade Promoton Authority, TPA*) a someter por este cauce los acuerdos comerciales concertados antes del 1 de julio de 2018 —fecha eventualmente prorrogable hasta el 1 de julio de 2021 (Webb, D., “The Transatlantic Trade and Investment Partnership”, House of Commons, *Briefing Paper*, núm. 06688, 4 de diciembre de 2015, p. 26).

de política comercial — según se califique el acuerdo, conforme al art. 207.4 TFUE, puede requerirse bien una simple mayoría cualificada (primer apartado) o bien unanimidad (acuerdos en materia de servicios o inversiones requeridos de desarrollo interno por unanimidad, acuerdos con implicaciones culturales, en materia de servicios sociales, educación, etc.), con posibilidad de veto por parte de cualquier Estado en este último caso¹⁸; esta última opción es la que manejaba el Gobierno griego de Syriza cuando blandía en 2015 la posibilidad de oponerse al Acuerdo¹⁹.

En cambio, no está en absoluto claro que el proceso de aprobación requiera la *intervención de los Parlamentos nacionales*. Si bien desde la Comisión se han trasladado en sucesivos momentos opiniones en tal sentido —y en el contrario²⁰— y que por parte de 16 Parlamentos nacionales —entre los que no se encuentra el español— se ha planteado en 2014 una iniciativa a tal fin²¹, ha de advertirse que tal posibilidad supone una interpretación del acuerdo ATCI/TTIP que permita su engarce en las disposiciones del art. 218.8 TFUE, en donde subsiste aún hoy en día la tipología de los “acuerdos mixtos”, requeridos como tales de su aprobación tanto por la UE como por los Estados miembros, “de conformidad con sus reglas constitucionales respectivas” —*ergo*, en España mediante autorización parlamentaria (no es en cambio preceptivo un referéndum)²²— con la consiguiente posibilidad de veto por parte de cualquier Estado. Esta interpretación, sin embargo, se ve dificultada por el aparente tenor restrictivo del art. 218.8 que enumera *uti singuli* los acuerdos en cuestión: acuerdos de asociación (*v. gra.*, el Acuerdo de Cotonú)²³, acuerdos con Estados candidatos a la adhesión, así como el eventual acuerdo de adhesión de la UE al CEDH (“torpedeado”, como es sabido, por el TJUE en su Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014)²⁴. Ha de precisarse, no obstante, que la cuestión no ocupa actualmente la atención de los negociadores. Con todo, ha de advertirse que aún de asumirse su caracterización como “acuerdo mixto”, la intervención de los parlamentos nacionales no impediría una eventual aplicación provisional de las disposiciones del acuerdo con anterioridad; cuestión ésta siempre sensible²⁵.

18 Sobre las innovaciones que plantea la nueva regulación de la política comercial —particularmente, su “vocación omnicompreensiva” como “andamiaje de la vertiente externa del mercado único”— y las controversias que ha deparado su naturaleza exclusiva o “parcialmente” compartida (*v. gra.* respecto de los APPRI) *vid.* González Alonso, L.N., Santos Vara, J., “La dimensión exterior del Mercado único europeo”, *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, t. VI, Mercado Único y Unión Económica y Monetaria*, (J.M. Beneyto Pérez, dir.; J. Maíllo González-Orús, B. Becerril Atienza, coords.), Aranzadi-CEU, Cizur Menor, 2013, pp. 751-813.

19 Al respecto *vid.* Guamán, A., *TTIP: El asalto de las multinacionales a la democracia*, Akal, Madrid, 2015, p. 60. Además, en el caso del Reino Unido el precedente Acuerdo CETA era conceptualizado por el Gobierno como un acuerdo mixto, lo que prefiguraría una calificación semejante para el ATCI/TTIP (*Cfr.* Webb, O’Neill, “CETA: The EU-Canada...”, *cit.*, p. 11).

20 Bajo el mandato del anterior Comisario de Comercio, K. De Gucht, parecía imponerse un planteamiento negativo; en cambio, el equipo de la actual responsable, C. Malmström, parece asumir la naturaleza mixta del acuerdo —descartando toda afinidad con aquel e insistiendo en la especificidad de cada acuerdo (*Cfr.* European Commission Press Release, 30 de octubre de 2014; *cit.* en Webb, D., “CETA: The Transatlantic Trade...”, *cit.*, p. 22, n. 75).

21 Guamán, *loc. cit.*

22 En cambio, su concreción en el caso español podría suscitar “problemas de calificación” en relación con la eventual aplicación del art. 93 CE y la mayoría agravada en él requerida.

23 Acuerdo de Asociación CE-ACP de Cotonou, de 23 de junio de 2000, revisado en 2005 y 2010, *DO* núm. L 287, 4 de noviembre de 2010.

24 Sobre el particular *vid.* nuestra contribución “La ‘teoría del *big bang*’ o la creciente distancia entre Luxemburgo y Estrasburgo: (Comentarios al Dictamen 2/13, del Tribunal de Justicia, de 18 de diciembre de 2014 sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos)”, *La Ley-Unión Europea*, núm. 25, 2015, pp. 17-50.

25 Tal cosa es posible *apud* art. 218.5 TFUE, donde el Consejo puede acordarla por mayoría cualificada, previa autorización del PE. La Comisión ha considerado tal posibilidad respecto del CETA, por lo que no cabe desdeñarla respecto del ATCI/TTIP. Al respecto, *vid.* Webb, O’Neill, “CETA: The EU-Canada...”, *cit.*, pp. 11-13). Respecto de los problemas —incluso de envidia constitucional— que podrían plantearse en España en el caso de recurrir a este mecanismo *vid.* Andrés Sáenz de Santa María, P., “Comentario al art. 15 LTOAI”, en *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, (Andrés Sáenz de Santa María, P., Diez-Hochleitner, J., Martín Pérez de Nanclares, J.,

Finalmente, conviene analizar la cuestión del *supuesto control en manos de la ciudadanía europea*. En este orden, es cierto que el Tratado de Lisboa —recuperando fórmulas contenidas en el fallido Tratado constitucional de 2004— ha introducido previsiones en relación con la denominada “democracia participativa” (art. 11 TUE). Este principio, sin embargo, se limita a modular el diseño del sistema político de la UE, firmemente anclado en la noción de “democracia representativa” (art. 10 TUE); como consecuencia, la regulación atinente a la participación de la ciudadanía se cifra esencialmente en los mecanismos de diálogos y consultas abiertos eventualmente a la participación de la sociedad civil (*v. gra.* los habituales Libros verdes o las ya mencionadas consultas públicas desarrolladas en relación con el ATCI/TTIP). En cambio, no parece resultar aplicable en lo que atiene a la negociación y eventual conclusión del TTIP el mecanismo de la *iniciativa ciudadana europea* (art. 11.4 TFUE)²⁶ —equivalente de la “iniciativa legislativa popular” regulada en nuestra Constitución (art. 87.3 CE)—. De hecho, esta fórmula queda en principio reservada para propuestas legislativas —no tratados internacionales, como es el caso—; por otra parte, su aceptación —aún en aquellos supuestos— quedaría al albur de la inequívoca discrecionalidad de la Comisión; de ahí que una primera iniciativa fuera ya descartada por ésta en 2014 al situarse fuera “del ámbito competencial definido”²⁷. De mantenerse esta situación²⁸, no parece que la nueva campaña de recogida masiva de firmas en contra del TTIP haya de deparar ningún resultado efectivo.

Last but not least, recordemos en todo caso que en tanto que “Unión de Derecho”, los controles existentes en la Unión Europea incluyen asimismo un control jurisdiccional, en manos del TJUE, ejercitable tanto *ex ante* (dictamen sobre el proyecto de acuerdo, *apud* art. 218.11 TFUE) como *ex post* (recurso de anulación, *ex art.* 267 TFUE), en relación con todo acuerdo internacional —obviamente, también para el TTIP— en el caso de que se considere que sus disposiciones contrarían lo dispuesto en los tratados; si bien con las consabidas limitaciones en materia de legitimación procesal, restringida a los Estados miembros y a las Instituciones (incluido el PE)²⁹. Esta vía no ha de desdeñarse —como se ha apuntado, la Comisión europea no ha descartado recurrir a ella— y sus eventuales consecuencias tampoco, por cuanto el TJUE se ha revelado particularmente celoso a la hora de defender sus competencias frente a posibles acuerdos internacionales que puedan ponerlas en riesgo; en tal sentido, desde el año 1993 una copiosa jurisprudencia “ha tumbado” numerosos proyectos —o simples hipótesis— de acuerdo (Espacio Eco-

dirs), Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2015, pp. 305-325.

26 Prevista en el Programa de la Presidencia española de 2010 y desarrollada por el Reglamento UE n° 211/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, *DO* n° L 65, 11 de marzo de 2011, p. 1. Sobre el particular, con carácter general *vid.* Bellido Barrionuevo, M., “La iniciativa ciudadana europea: Una oportunidad para los ciudadanos y las instituciones europeas”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, junio-septiembre 2014, pp. 45-78.

27 *Cfr.* Propuesta de iniciativa STOP TTIP, desestimada por la Comisión Europea el 10 de septiembre de 2014; accesible en <<http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/non-registered/details/2041>>.

28 Insistimos en el matiz pues no ha mucho —el 30 de noviembre de 2015— la Comisión, abandonando sus planteamientos usuales en este ámbito, ha declarado admisible la iniciativa ciudadana *Wake Up Europe!* que no perseguía el desarrollo de una propuesta legislativa, sino la activación del procedimiento sancionador contenido en el art. 7 TUE en relación con una posible violación del principio democrático por parte de las autoridades húngaras. Si bien, ello no presupone necesariamente su ulterior tramitación, se ha llamado la atención sobre el hecho de que con ello la Comisión parece ahora abogar por una concepción más laxa de la noción de “acto jurídico” en el contexto del procedimiento participativo (*Cfr.* Rijckevorsel, E. van, “Initiative Citoyenne et ‘dérappages démocratiques’ dans l’Union Européenne”, *Journal de Droit Européen*, núm. 226, febrero de 2016, pp. 52-56, en p. 56).

29 Por eso resulta engañoso sugerir la oportunidad de esta vía de acción a los particulares, como pretende Guamán (*loc. cit.*); de hecho, bien al contrario, severas limitaciones lastran esta legitimación en base a una caracterización restrictiva de la jurisprudencia, que ni las reformas del Tratado de Lisboa han logrado revertir (*Cfr.* Waelbroeck, D., Bombois, Th., “Des requérants ‘privilégiés’ et des autres... À propos de l’arrêt *Inuit* et de l’exigence de protection juridictionnelle effective des particuliers en droit européen”, *Cahiers de Droit Européen*, 2014, pp. 21-75; Fromont, L., Van Waeyenberge, A., “La protection juridictionnelle effective en Europe ou l’histoire d’une procession d’Echternach”, *Cahiers de Droit Européen*, 2015, pp. 113-150).

nómico Europeo, Patente Europea, Convenio Europeo de Derechos humanos: ¡en este último caso, por 2 veces (1996 y 2014)!

4. EL DERECHO DE LOS ESTADOS A LEGISLAR Y LA “COOPERACIÓN REGULATORIA”

Tratándose, como hemos dicho al comienzo, de un acuerdo comercial de “nueva generación” su rasgo más característico se concreta en los componentes reguladores que incorpora, revelando el tránsito desde el modelo clásico librecambista —articulado en torno a las ideas de desarme arancelario e “integración negativa”— hasta un modelo de “integración positiva” conforme al cual se elaboren reglas comunes en el marco de las cuales se desarrollen el comercio y las transacciones internacionales³⁰. En este punto, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que este último concepto —la “integración positiva”— no constituye en modo alguno una innovación, dado que sobre éste se ha articulado el desarrollo del proceso de integración europea, de suerte que su evocación ahora en el contexto de las relaciones económicas entre EEUU y la UE apunta en pos de una generalización de técnicas y mecanismos ya ensayados y conocidos entre nosotros; en este orden, recordemos una vez más las modificaciones introducidas a tal efecto en las reglas de los tratados por el AUE de 1986 con miras a la realización efectiva del Mercado Interior Europeo³¹.

Respecto a este poder de regulación, el ATCI/TTIP prevé el desarrollo de la denominada “cooperación regulatoria”, conforme a la cual en las materias incluidas en el TTIP se establecería(n) un(os) mecanismo(s) paritario(s) integrado(s) por expertos que proveyerían de orientaciones de cara a los futuros desarrollos legislativos a cargo de cada una de las partes, aunque —supuestamente— sin suplantar ni coartar el ejercicio de la potestad normativa por parte de esta últimas: de hecho, en los inicios del proceso negociador, el entonces Comisario de Comercio, K. De Gucht se refería a un futuro “Consejo de Cooperación Regulatoria” que podría actuar como un “sistema de alerta temprana” (*early warning system*) sobre futuras reglamentaciones³².

Conviene advertir que las premisas sobre las que se concibe este sistema no resultan extrañas. En efecto, sobre la cuestión habría mucho que decir, aunque no todo malo³³. Baste recordar que en el proceso legislativo en el seno de la UE los expertos —séanlo o no en realidad— juegan un papel primordial en la concepción de las propuestas legislativas, a través de los múltiples procedimientos de consultas establecidos y no se ha de olvidar que también son supuestos expertos los asociados a las Audiencias que antes o en el desarrollo de las mismas celebra el PE. Si nos trasladamos del ámbito de la UE a nuestro propio país podríamos advertir que otro tanto ocurre en el desarrollo de los procesos legislativos: los borrado-

30 Cottier, “International Economic Law in Transition...”, *cit.*, p. 673.

31 Al respecto *vid.* Andrés Sáenz de Santa María, P. González Vega, J.A., Fernández Pérez, B., *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed., Eurolex, Madrid, 1999.

32 *Cit.* en Cottier, *op. cit.*, p. 675, n. 8. A la espera de que se concrete el diseño definitivo en el TTIP, si se toma como modelo el existente Consejo de Cooperación Regulatoria EEUU-Canadá —creado en 2011— se advierte que en él los temas abordados lo son no en sentido legalista, sino desde una perspectiva más técnica y pragmática, con miras a resolver concretos problemas de divergencia en materia regulatoria y planteando una cooperación en orden a la conformación de las propuestas por parte de los actores públicos y privados (*Cfr.* Lester, S., Barbee, I., “The Challenge of Cooperation: Regulatory Trade Barriers in the Transatlantic Trade and Investment Partnership”, *Journal of international Economic Law*, vol. 16, 2013, pp. 861-862).

33 Las cuestiones sobre las que incide la cooperación regulatoria evocan aspectos de indudable complejidad sobre los que ha venido operando no sin dificultades el proceso de armonización legislativa en el seno de la UE, con planteamientos simplificados no obstante merced al “enfoque global” —adoptado por la Comisión Europea a partir de la década de los 90 del pasado siglo— y al que se concibe como un modelo a generalizar (Al respecto *vid.* González Vaqué, L., “Armonización y Normalización”, en *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, t. VI, *Mercado Único...*, *cit.*, pp. 617-683, en esp. p. 626). ¿Aceptaría EEUU este “enfoque”?

res de muchos Proyectos de Ley son elaborados por supuestos expertos -no identificados, eso sí- y se han dado casos — particularmente en la pasada Legislatura en nuestro país— en que sus propuestas, prácticamente sin cambiar una coma, se ha convertido en Leyes, tras su fulgurante tramitación por las Cámaras Parlamentarias, de obligado cumplimiento.

5. LA CREACIÓN DE TRIBUNALES ESPECIALES DE ARBITRAJE (ISDS): LA GUERRE DES JUGES, AURA-T-ELLE LIEU?

En cuanto al polémico sistema para el arreglo de controversias entre Estados e Inversores (*Investor-State Dispute Settlement, ISDS*), debe advertirse que el fenómeno no es desconocido. Existe ya el CIADI —dependiente del Banco Mundial— y los Estados —entre otros, España— concluyen Acuerdos (*APPRI*s) que atribuyen a éste competencias en la materia para resolver sus diferencias en la materia³⁴; mecanismo además ulteriormente potenciado por el tratado conocido como Carta de la Energía, en virtud del cual las implicaciones económicas de la modificación de la política energética española en relación con las energías renovables son examinadas actualmente por diferentes instancias arbitrales³⁵. Es cierto, sin embargo, que la generalización de estos mecanismos y de los desarrollos que les acompañan no dejan de suscitar reproches, en razón de favorecer los intereses particulares —léase, estrictamente económicos— de los inversores en detrimento de otros intereses (sociales, medioambientales, culturales, etc.)³⁶. De hecho, no está de más recordar que el polémico —y fallido— Acuerdo Multilateral sobre las Inversiones (AMI) —promovido y negociado secretamente en el seno de la OCDE en la década de los años 90— centró particularmente su rechazo en la generalización de estos mecanismos de arreglo³⁷. Desde esta perspectiva, qué duda cabe, que la introducción de tales mecanismos en los acuerdos “plurilaterales” concluidos (*v. gra.* CETA, TPP) o en trance de serlo, puede suscitar dudas razonables acerca de la deriva de éstos y la consiguiente amenaza para aquellos otros intereses³⁸.

En todo caso, el mecanismo constituye, en principio, un elemento irrenunciable para los negociadores estadounidenses, dado que es bien publicitada —y conocida— la posición de EEUU acerca de la “insuficiente” e “inadecuada” protección que —a su juicio— los órganos jurisdiccionales internos pueden dispensar a los inversores³⁹.

34 En general sobre este conjunto de cuestiones *vid.* Nanteuil, A. de, *Droit international de l'investissement*, A. Pedone, París, 2014. En otro orden de cosas recordemos que estos acuerdos se ven afectados —tras la entrada en vigor de las reformas introducidas por el Tratado de Lisboa— por la “política común en materia de inversiones” desplegada por la Comisión Europea. Al respecto *vid.* El Boudouhi, S., “L’avenir des traités bilatéraux d’investissement conclus par les États membres de l’Union Européenne avec des États tiers”, *Revue Trimestrielle de l’Union Européenne*, vol. 47, 2011, pp. 85-115.

35 Adviértase que en este —además de sus Estados miembros— ya participaba la UE, admitiendo desde entonces las posibilidades de arreglos arbitrales al margen del sistema jurisdiccional de la UE.

36 Foster, C., “A New Stratosphere? Investment Treaty Arbitration as ‘Internationalized Public Law’”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64, 2015, pp. 461-485.

37 *Cfr.* Prieto, “Et si l’Union Européenne se décomposait...”, *cit.*, pp. 575-576.

38 Así, en el caso del CETA, una declaración común franco-alemana de 21 de enero de 2015 abogaba por introducir modificaciones en tales disposiciones (*cfr.* <www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/diplomatie-economique-et-comerce/>, lo que ha llevado en último término a la Comisión —por boca de la responsable, C. Malmström— a blandir la posibilidad de una revisión de las mismas (Intervención en el PE, 9 de diciembre de 2015; *cit.* en Webb, O’Neill, “CETA: The EU-Canada...”, *cit.*, pp. 9-10) y una valoración reticente acerca de su conformidad con el sistema jurisdiccional de la UE también se ha formulado en relación con el Acuerdo concluido entre la UE y Singapur que también prevé un mecanismo arbitral (*Cfr.* Hervé, A., “L’Union Européenne comme acteur émergent du Droit des investissements étrangers: Pour le meilleur ou pour le pire?”, *Cahiers de Droit Européen*, 2015, pp.179-234, en esp. pp. 217-234. Respecto al TPP, con ocasión de su conclusión Australia y Nueva Zelanda han excluido la operatividad del ISDS, y la primera, además, ha aprovechado para denunciar tres tratados de protección de inversiones previstos de este mecanismo (*cfr.* Lester, “The TPP’s Contribution to Public International Law”, *cit.*).

39 *Vid.* en tal sentido el documento del Office of US Trade Representative, *Investor-State Dispute Resolution* —

En este polémico contexto se sitúa la propuesta contemplada en el ATCI/TTIP acerca del mecanismo de solución de diferencias en materia de inversiones. Concebido inicialmente como un Tribunal Arbitral, es cierto, no obstante, que las más recientes propuestas negociadoras han experimentado una sensible modificación: no se habla ya de Tribunales arbitrales⁴⁰, sino de un Tribunal General en materia de Inversiones, con 15 jueces predeterminados, aunque seleccionados por su condición de especialistas en la materia, lo que en la práctica reducirá el elenco de candidatos, que podrían coincidir con los actuales árbitros en ejercicio en el seno del CIADI, por poner por caso. Se prevé asimismo la existencia de un Tribunal Superior, como instancia de apelación, compuesto por 6 jueces, así como un incremento en la transparencia de los procedimientos a desarrollar ante ellos.

Con todo, la Asociación de magistrados alemanes se pronunciaba no ha mucho en contra de la nueva propuesta Malmström expresando

“serious doubts whether the European Union has the competence to institute an investment court, ... it would also alter the established court system.”⁴¹

¿Anuncia esto posibles vientos —siempre huracanados— desde Karlsruhe, do mora el sempiternamente implacable *Bundesverfassungsgericht*? Por no hablar de un hipotético pronunciamiento —siempre temible— del TJUE.

6. LOS DERECHOS SOCIALES Y EL ATCI/TTIP

Otra línea de crítica al Acuerdo es la que repara en la minoración de los derechos laborales y el consiguiente *dumping* social —respecto a la situación actualmente existente en Europa— que puede propiciar el establecer unas normas comunes al espacio euroatlántico en esta materia, dado que son conocidas las reticencias estadounidenses a comprometerse por muchos de los convenios OIT. España, por su parte, tampoco lo hace mucho mejor: recuérdese que la ampliación de estas garantías contenida en la Carta Social Europea revisada ¡de 1996! no ha sido ratificada aún por nuestro país.

Por su parte, la Comisión ha insistido en que tales garantías no van a ser dejadas de lado en el proceso negociador. No obstante, la confianza que cabe depositar en el supuesto respeto del nivel de protección existente —ya que no su mejora— respecto de estos derechos en el marco del futuro tratado, sin embargo, se compadece mal con la práctica convencional desarrollada tanto por EEUU como la UE en los acuerdos de libre comercio concluidos con terceros Estados y en los que han encontrado concreción compromisos en esta materia⁴².

Why aren't Local Courts enough?, Marzo de 2015.

⁴⁰ De hecho, la nueva propuesta negociadora de la Comisión los excluye, *cfr.* <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf> .

⁴¹ Al respecto *vid.* la información recogida en el canal internacional de la televisión alemana *-Deutsche Welle-* accesible en <<http://www.dw.com/en/german-judges-slap-ttip-down/a-19027665>> .

⁴² Así, de un lado, destaquemos la laxitud con la que EEUU impone a sus contrapartes el respeto de los derechos laborales —sin evocar marco normativo ninguno de referencia— tanto en desarrollos previos como en el recién concluido TPP (*cfr.* Capítulo 19, art. 19.3.2). De otro, en el caso de la UE, aún partiendo de la base de que en muchos casos no se trata de Acuerdos equiparables al TTIP, ni por su estructura, objeto, ni *partenaires*, aquella no se preocupa de garantizar —ni siquiera en los acuerdos de “nueva generación” como el concluido el 6 de octubre de 2010 con Corea del Sur (*Cfr.* aplicación provisional, *DO* núm. L 127, 14 de mayo de 2011; entrada en vigor, *DO* núm. L 317, 3 de diciembre de 2015)— derechos básicos (libre sindicación y negociación colectiva), remitiendo a textos de *soft law* y omitiendo toda referencia a una eventual adhesión a los respectivos Convenios OIT núm. 87 y 89 sobre el particular (*cfr.* Capítulo 13, art. 13.4); como cabe imaginar, peor es el caso de su observancia en el caso de los acuerdos en la materia concluidos por EEUU (*v. gra.* Bahrein). Al respecto *vid.* Vogt, J.S., “The Evolution of Labor Rights and Trade —A Transatlantic Comparison and Lessons for the Transatlantic Trade and Investment Partnership”, *Journal of international*

7. A MODO DE CONCLUSIÓN: POR UNA REGULACIÓN COMERCIAL COSMOPOLITA

En todo caso, el sucinto examen ha puesto de manifiesto las novedades que aporta el AATCI (TTIP) respecto a la situación actualmente existente.

Pero ¿es el único modelo? Empecemos advirtiendo la “irreflexión estratégica” que se ha señalado, al propiciar un marco que huye del multilateralismo, favorece una política de bloques —al aislar a China— y renuncia a los logros encarnados en la costosa —y aún no concluida— integración económica europea⁴³.

Desde esta perspectiva crítica, hay quien se ha planteado si no existe ya un diseño —*v. gra.* el encarnado en el EEE— que pudiera bien guiar —si no la elaboración— sí al menos la futura implementación del Acuerdo que se alcance en los próximos años:

—un modelo “cosmopolita” frente al modelo *hobbesiano* —por el que pese a sus presuntas virtudes “transformativas”— pretende discurrir el TTIP⁴⁴; esta referencia a Kant —con Zigmunt Bauman, de por medio- es especialmente oportuna pues era él, que hablara de la esencial apertura del orbe —por su condición esférica- y de la imposibilidad de establecer barreras físicas y comerciales a aquello que es *totus orbis*.

—un marco normativo para el comercio que evite la mercantilización/cosificación (*commodification*) de los individuos,

—donde éstos —como auténticos ciudadanos y no meros consumidores— dejen de ser los “puntitos negros” de los que despectivamente hablaba el “comerciante” Harry Lime, desde las alturas del Prater⁴⁵.

Economic Law, vol. 18, 2015, pp. 827-860, en esp. p. 835-836 y 847-850.

43 Cfr. Defraigne, P., “Plurilatéraliser le Traité commercial entre l’Union Européenne et les États-Unis et accompagner la libéralisation des échanges”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 2014, pp. 435-439, en p. 436.

44 Petersmann, “Transformative Transatlantic Free Trade Agreements...”, *cit.*, p. 607.

45 Cfr. Greene, G., *The Third Man*.

EL HUNDIMIENTO DE LA RAMA SOCIAL DEL DERECHO

Antonio SEOANE GARCÍA

Quizás uno de los mayores aciertos de la Constitución Española de 1978 radique en la redacción del art. 1,1 en el que se configura el Estado como Social y Democrático de Derecho. El anhelo de una Constitución rectora de la convivencia que excediera de la meramente formal que es, como en el mejor de los casos, pudieran conceptuarse las Leyes Fundamentales del Reino del Régimen totalitario, exigía subrayar la inexorable conexión dialéctica entre los derechos sociales y los derechos cívicos, de manera que no cabe afirmar unos negando los otros. De la misma manera que no cabe recortar unos sin restringir el ejercicio de los otros. De hecho la experiencia enseña cómo las restricciones en derechos cívicos es o la preparación de los recortes sociales o la represión de la oposición a los mismos.

Ya en el propio texto constitucional se intuyen líneas de rotura preparadas para la marcha atrás (la distinción entre principios y derechos y libertades fundamentales o entre éstos y los principios rectores de la política social y económica, que limita la eficacia de éstos últimos a la meramente interpretativa, sin que quepa su exigencia directa). De modo, que no parece que todo el mundo apostara por la efectividad de los derechos con la misma intensidad.

Salvo algún pico histórico representado quizás por las Leyes de Igualdad y de Dependencia, lo cierto es que la deriva histórica de nuestra democracia ha venido constituida por la restricción de derechos ciudadanos y sociales. A pesar de lo cual, en el último cuatrienio, no por casualidad llamado “negro”, bajo la excusa de la crisis hemos asistido a una liquidación total de los mismos, a su desguace. El paisaje de nuestro patrimonio jurídico y social es más propio de una posguerra y quizás ello nos debiera hacer reflexionar sobre si lo que hemos vivido no se aproxima a una guerra de clases librada por medio de reformas y recortes, sin derramamiento aparente, sólo aparente de sangre. La resurrección del franquismo o el ajuste de las cuentas precisas para dar cumplimiento al mandato del Gatopardo. Es difícil saber qué nos queda hoy de nuestros derechos sociales y cívicos, que nos queda del Estado social y democrático de Derecho. Desde luego y por lo que hace a la rama social del Derecho, el panorama es desolador.

Quizás en el terreno en que la destrucción se haya producido de forma más radical haya sido en el plano de los derechos colectivos de los trabajadores, terreno en el que más claramente la legislación postconstitucional avanzó de forma más notoria a lo mejor porque se partía de cero. Las reformas han tendido a desactivar los derechos de libertad sindical, individual y colectiva, negociación colectiva y huelga. Ciertamente a ello han contribuido los propios instrumentos sindicales, burocratizados y adictos al veneno de las subvenciones estatales. Pero a estas alturas el Derecho colectivo de trabajo, desaparecido para el común de los trabajadores y superviviente en las grandes empresas, se ha transformado en su antítesis pasando a ser un motor generador de desigualdad social en favor de sectores laborales aristocráticos. La desafiliación sindical masiva, paralela al crecimiento desbordado del desempleo, la reducción radical de la negociación colectiva, la inversión de la relación entre Convenios de Sector y de Empresa, priorizando éstos, la extensión de la posibilidad de descuelgues de Convenio o la derogación de la

ultra-actividad de los mismos, parcialmente limitada por la doctrina de la Sala 4ª del TS, marcan el desarme de los vencidos, ahora cautivos de la voluntad de los ganadores.

Porque habrá de saberse que los derechos colectivos de los trabajadores fue la gran conquista democrática. Fueron incluso la contrapartida a una regulación de los derechos individuales de los trabajadores peor, indiscutiblemente, que la que había regido en los últimos años del franquismo. De hecho la Ley del Estatuto de los trabajadores fue una copia desvaída del italiano, tuneado por los mismos que han articulado la Reforma del 2012, para satisfacción de un empresariado que hacía de la readmisión de los trabajadores injustamente despedidos un *casus belli*, como ya habían anunciado a propósito de la Ley de Relaciones laborales de 1976.

Y desde entonces en este plano, el de los derechos individuales, la destrucción ha sido tan masiva que se hace difícil creer que sigamos en el terreno del derecho y no del poder. Se mantiene el concepto de contrato de trabajo pero las prerrogativas exorbitantes de una de las partes, ha hecho desaparecer la bilateralidad y la aspiración de equivalencia implícita en la reciprocidad de las obligaciones. Propiamente resulta difícil hablar de *contractus* porque el contenido prestacional o la duración del contrato la decide el dictatus unilateral del empresario. El contrato se ha vaciado de derechos de los trabajadores y se ha llenado de deberes para ellos y potestades para el empleador: éste puede o no cumplir el contrato, puede modificarlo unilateralmente o puede extinguirlo, incluso sin causa pese a las Convenciones internacionales suscritas por España, como el Convenio 158 de la OIT que lo prohíben expresamente. El Estatuto de los Trabajadores más propiamente debería mudar su denominación por “de los empleadores”.

Recientemente el director de esta revista concluía que “...*si nuestras constituciones tienen un cimientto, está en la pretensión de efectividad de los derechos fundamentales. Hoy estos empiezan a ser ya irreconocibles. Un buen ejemplo lo brinda el derecho al trabajo. Ganado con un esfuerzo ímprobo en decenios, está siendo desmontado sin tocar formalmente un precepto constitucional. De seguir esa marcha volveremos no tardando a la regulación del trabajo asalariado mediante los tres o cuatro artículos del Código napoleónico*” (Entrevista personal a Perfecto Ibáñez Andrés en el *diario.es* de 20 de Enero pasado). Lo cierto es que la realidad hoy ha superado ese mal sueño. Ya quisiéramos poder aplicar los principios de igualdad formal de los contratantes en el marco del derecho del trabajo. Renunciamos al principio de igualdad formal para reconocer la desigualdad material, real de las partes en el contrato de trabajo y a cambio del establecimiento de contrapesos y compensaciones. Hoy, desaparecidos esos contrapesos, no gozamos de la igualdad material que aportaban pero tampoco de la igualdad formal civil. La aplicación de los principios generales del derecho común en materia de Obligaciones y Contratos (la fuerza de ley que tienen las obligaciones ente las partes contratantes, la inalterabilidad de las obligaciones en virtud de la voluntad unilateral de una de las partes, la exigibilidad del cumplimiento de la obligación en forma específica, la protección de la parte cumplidora frente al deudor incumplidor, la opción por el acreedor del cumplimiento del contrato o la resolución del mismo, el principio de resarcimiento íntegro de los daños y perjuicios que ocasiona el incumplimiento, etc), resultarían más beneficiosos que la aplicación de las normas contenidas en un Estatuto de los Trabajadores, en que lo tuitivo es un mero recuerdo y que, en realidad, cada vez más es un compendio de las facultades y potestades que incumben al empresario.

Buen ejemplo de lo que apuntamos es el despido, emblema de la libertad de empresa por encima incluso de la libertad contractual y la seguridad jurídica que determina que las obligaciones libremente contraídas deban ser cumplidas. Desde el año 1944 que se publicara la Ley de Contrato de Trabajo y más especialmente desde la llamada transi-

ción democrática, las sucesivas reformas legislativas han tenido como objetivo inspirador la “desregulación” del Despido, entiéndase como empoderamiento del empleador. Tendencia que se ha exacerbado con la Reforma de 2012.

En este proceso de desregulación del despido y la extinción por causas objetivas, ha de constatarse que la Reforma introducida por el RDL 3/2012 y la posterior Ley 3/2012, convalidatoria del anterior, fueron la culminación de un proceso reformista cuyos principales jalones se sitúan en 1985 y 2010 con Gobiernos socialistas y en el año 2002 por el Gobierno del Sr. Aznar. La desregulación es imputable, por tanto, a tirios y troyanos. Si bien ha de reconocerse que nunca se había llegado ni pensado que pudieran alcanzarse las cotas de la operada en el año 2012. El gobierno del Sr. Rajoy no sólo ha llevado la reforma a máximos programáticos históricos sino que, además, ni siquiera ha establecido correcciones humanitarias para las situaciones de emergencia que se han manifestado por doquier (desempleo no subsidiado, desahucios, pobreza, marginación, abandono sanitario, hambre infantil...) Nunca en democracia hemos vivido un gobierno menos compasivo para con los más desgraciados de sus ciudadanos.

La desregulación en realidad es un fenómeno complejo que se desarrolla en una pluralidad de iniciativas legislativas que se traducen en:

1. La creciente legitimación de las extinciones acausales y su perfecta equiparación a las causales. El ejemplo más palmario es el que llamamos “despido exprés”, introducido por un Gobierno socialista para deleite empresarial. El cumplimiento del contrato, bilateral, queda cada vez más a merced de una de las partes. Y el Derecho cada día es menos garantía frente al poder y está más al servicio de éste. Hoy un despido “superexpress” ha sustituido al express: sin necesidad de reconocimiento expreso de improcedencia, sin necesidad de consignación de la indemnización en el plazo legal, sin posibilidad de descontrol económico para el empresario porque la sanción habitual al despido exprés irregular, el devengo de los salarios de tramitación, desaparece y los efectos de la declaración de improcedencia del despido se retrotraen a la fecha del negocio jurídico unilateral del empleador calificado como injusto.

2. La progresiva desaparición de las causas de nulidad del despido. Respecto de la extinción por causas objetivas se suprimen como causas de nulidad todos los supuestos vinculados a los requisitos formales de la comunicación extintiva, de la puesta a disposición de la indemnización legal extintiva y de la comunicación de la extinción a los representantes legales de los trabajadores, que se transforman en causas de improcedencia (un concepto en sí mismo extraño al derecho común en que los incumplimientos son justos o injustos). Es decir, se hace en el campo de las extinciones objetivas lo que ya en el 1985, con un gobierno de tirios, se había hecho con el despido disciplinario. Sólo restan como causas de nulidad del despido (que es el “pronunciamiento duro” para el empresario) la vulneración de derechos fundamentales y los supuestos de protección objetiva de los derechos de conciliación de la vida familiar (que no impiden la declaración de procedencia y sí sólo la de improcedencia) así como los específicos provenientes del derecho comunitario (la superación del umbral máximo de extinciones individuales). Todas las demás causas de nulidad se transforman en causa de improcedencia salvaguardada por la opción que en última instancia corresponde al empleador de readmitir o indemnizar, poniendo un tupido velo sobre tales defectos.

3. La redefinición de las causas extintivas, especialmente de las causas objetivas ampliando el ámbito de las causas económicas a supuestos como la disminución de ventas o ingresos sin pérdidas que en nuestra tradición no se consideraban como “actualmente negativas”. De este modo las causas objetivas dejan de actuar como terapéuticas y se integran en el concepto expansivo de la prevención. En cualquiera de los

casos, las causas objetivas se constituyen en una causa de incumplimiento del contrato alejada de la fuerza mayor y el caso fortuito, universalmente admitidos. Y junto a ello, el legislador pretende objetivar los supuestos de causa económica, marcando a los jueces qué es lo que debe considerarse como causa bastante e incluso en qué periodo y cómo deben computarse esos menores ingresos o ventas.

4. El control del procedimiento por el empleador al que se le otorgan en su marco opciones y decisiones relevantes exorbitantes incluso sobre la forma de cumplimiento de la Sentencia y el quantum indemnizatorio. No deja de ser paradójico y contradictorio con cualquier lógica jurídica que sea el contratante incumplidor el que determine por su sola voluntad si el contrato se cumple en forma específica mediante la readmisión con salarios de tramitación o sustitutoria mediante el abono de una indemnización tasada. Todo ello en oposición a la Teoría general de las Obligaciones y Contratos y el art. 1124 del Código civil. Tan paradójico como que se admita de partida que la indemnización sustitutoria pueda no equivaler en su quantum a la sustituida.

5. El abaratamiento de las indemnizaciones. Se incentiva al incumplidor del contrato mediante el establecimiento de indemnizaciones que no compensan el daño emergente, el lucro cesante y los daños morales derivados del incumplimiento. La reparación íntegra se sustituye por indemnizaciones a tanto alzado, cada vez más baratas, que no guardan relación alguna (inadecuadas de acuerdo con el Convenio 158 de la OIT citado) con los daños y perjuicios reales que ocasiona cada despido considerado individualmente, por lo que vulnera el principio básico en materia de reparación, la equivalencia. Todo ello por no entrar a considerar que las indemnizaciones tasadas son propias de supuestos en que no concurre dolo o culpa relevante.

Ese abaratamiento se produce de manera universal y sistemática y afecta a todos los elementos integrantes del resarcimiento:

El módulo de días por año que con la LCT era de hasta tres meses por año, actualmente se sitúa en 33 días por año.

La indemnización máxima o tope indemnizatorio. De las cuarenta y dos mensualidades hemos caído a las veinticuatro.

E incluso a los conceptos indemnizatorios, del devengo acumulado de indemnización y salarios de tramitación, hemos pasado a su devengo alternativo y, como hemos dicho, a opción del empleador.

6. La nacionalización de las indemnizaciones derivadas de despidos declarados improcedentes. Como si de un interés digno de protección se tratara, el Estado asume el exceso de salarios de tramitación sobre los noventa días computados desde la fecha de presentación de la demanda (“salarios de tramitación a cargo del Estado”) De este modo, se establece otro límite cuantitativo al resarcimiento imputable al empleador en el caso que opte por readmitir. Y a mayor abundamiento, aunque con otros fines, la insolvencia empresarial, frecuentemente ficticia o preconstituida, hace que el Fondo de Garantía Salarial, constituido por aportaciones empresariales pero también por consignaciones presupuestarias, asuma dentro de los límites del art. 33 de la LET indemnizaciones y salarios imputables inicialmente a los empleadores. Sería interesante poder evaluar la diferencia entre las deudas declaradas por los Tribunales de Justicia y las efectivamente cobradas por los trabajadores porque explicaría sobradamente en qué medida contribuyen los trabajadores despedidos, etc. a la devaluación de la economía que se está forzando ante la imposibilidad de devaluar la moneda.

En un contexto de facilitación extrema del despido y un clima de terror, la rama social del Derecho del Trabajo se contrae fundamentalmente a la impugnación de los despi-

dos, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando son intolerables y la reclamación de salarios adeudados cuando la deuda resulta insoportable. La reclamación de cualquier otro derecho, desde la jornada máxima al exacto y puntual abono de la retribución, se archiva y pospone para mejores tiempos. Si es que llegan.

Y del mismo modo ha de concluirse en materia de Seguridad Social. Alguien debería explicar por qué, al margen de las coyunturas de crisis, en los años 70 la cotización a la Seguridad Social era capaz de sostener lo que actualmente constituye el Sistema, incluso con prestaciones más generosas, más la parte del Sistema Sanitario que formaba parte de la Seguridad Social, incluyendo la construcción de las Grandes Residencias Sanitarias. Hoy se nos pretende hacer creer, con base a la resurrección de las tesis Maltusianas, la inviabilidad del sistema sin más alternativa que su minimización. A estas alturas, ni siquiera las alternativas complementarias (Fondos y Planes de Pensiones) gozan de la precisa confianza. La tesis absolutamente instrumental, justifica y no impide dar cuota de participación en negocio tan ruinoso a Entidades privadas que participan a título de “beneficio” de lo que para ellos no es otra cosa que un nicho de negocio. Tampoco impide la utilización de la “hucha de las pensiones” para la adquisición de deuda pública estatal con una indeseable concentración del riesgo. O el saqueo tradicional por vía de las prejubilaciones voluntarias acordadas por los Sindicatos con la Banca o las Tecnológicas en que buena parte de su coste se desplaza sobre el Sistema Público de Seguridad Social por el cauce de prolongadas prestaciones contributivas y asistenciales de desempleo. Todo ello al tiempo que las prestaciones que gozan los trabajadores comunes se han reducido alarmantemente (en 1978, las prestaciones de desempleo eran del 80% de la base reguladora, los seis primeros meses, y 70%, los restantes, pudiendo lucrar hasta cuatro años de prestaciones tras seis meses cotizados, hoy reducidos a 70% y 50% con exigencia de 1 año de cotización mínima y con periodos de prestaciones reconocidas que no pueden exceder de dos años y que por cada año cotizado corresponden cuatro meses). Tan alarmantemente que las cifras de desempleados excluidos de la protección de desempleo (dos millones ochocientos mil) inciden directamente en el orden público, bien entendido.

ESTUDIOS

LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

Luis PRIETO SANCHÍS

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS DERECHOS SOCIALES

El reconocimiento de los derechos humanos o fundamentales en el constitucionalismo de finales del XVIII representó la traslación al Derecho positivo de la teoría de los derechos naturales elaborada por el iusnaturalismo racionalista desde comienzos del siglo precedente: su objeto o finalidad, sus titulares y su contenido resultan coincidentes. El objetivo era en ambos casos preservar ciertos valores o bienes morales que se consideraban innatos, inalienables y universales, como la vida, la propiedad y la libertad. Los titulares o, mejor dicho, el titular resultaba ser también el mismo sujeto abstracto y racional, el hombre autónomo e independiente portador de los derechos naturales, que en su cualidad de ciudadano y guiado sólo por su interés¹ concluía con otros sujetos iguales un contrato social que daba vida artificial a las instituciones, y que en calidad de propietario y movido asimismo sólo por el interés pactaba sucesivos negocios jurídicos de acuerdo con unas reglas formales fijas y seguras, sin que fuera relevante la condición social de quienes negociasen ni qué cosas se intercambiaran (Barcellona, 1993, p.48 y s.). Finalmente, el contenido, aquello que representa la cara obligacional que acompaña a todo derecho, era también común y muy sencillo: lograr la garantía del ámbito de inmunidad necesario para la preservación de la propia vida y propiedad y para el ejercicio de la libertad en lo público y en lo privado; por tanto, el Estado debería de ser tan extenso como fuera imprescindible para asegurar dicha inmunidad frente a los demás individuos y tan limitado como fuese posible para no convertirse él mismo en una amenaza para los derechos².

Este punto de partida daría lugar a una concepción de los derechos fundamentales y del propio Estado de la que en buena medida somos herederos. Creo que puede resumirse en estos dos lemas: supremacía constitucional y artificialidad o instrumentalidad de las instituciones políticas. La supremacía constitucional significa que los derechos operan “como si” encarnasen decisiones superiores a cualesquiera órganos estatales,

1 Salvo el caso de Grocio, donde aún queda el residuo medieval del *appetitus societatis*, en el resto de los autores racionalistas el móvil del contrato social no es otro que el interés, N. Bobbio, 1985, p. 95 y s.

2 Como escribe todavía C. Schmitt (1927, p.170), “los derechos fundamentales en sentido propio son, esencialmente, derechos del *hombre individual* libre y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado”.

incluido el legislador, y, por tanto, como si emanasen de un poder constituyente o soberano al que todas las autoridades e instituciones deben someterse; de ahí que los derechos no sean negociables o que en una democracia representen “triumfos frente a la mayoría”, según una expresión que ha hecho fortuna. A su vez, la artificialidad de las instituciones significa que, en realidad, éstas carecen de fines propios y existen *sólo* para salvaguardar las libertades y la seguridad que necesariamente ha de acompañarlas, por lo que, en consecuencia, toda limitación de la libertad debe justificarse racionalmente, no en cualquier idea particular acerca de lo virtuoso o de lo justo, sino precisamente en la mejor preservación de los derechos³.

Consecuencia de lo anterior habría de ser un régimen jurídico característico del constitucionalismo norteamericano y que en Europa ha terminado imponiéndose tras costosa evolución. Creo que sus dos ejes fundamentales son la limitación de la libertad política de legislador y la tutela jurisdiccional de los derechos. Los derechos fundamentales se conciben, en efecto, mucho más como una cuestión de justicia que de política; desde luego, las concepciones de la mayoría se proyectan irremediabilmente sobre el ámbito protegido por las libertades, pero de forma restringida y siempre vigiladas por el control jurisdiccional. Cualesquiera que sean las circunstancias políticas y las razones de Estado, ese control garantiza, cuando menos, lo que hoy llaman algunas constituciones el “contenido esencial” de los derechos, así como un examen preciso de la justificación, racionalidad y proporcionalidad de toda medida limitadora. En suma, siempre una protección mínima del derecho y nunca una limitación innecesaria o no justificada podrían ser los lemas del sistema de derechos fundamentales en el marco constitucional.

Pues bien, la cuestión que corresponde plantear es si esta concepción de los derechos fundamentales resulta apta o aplicable a todo un conjunto de derechos que actualmente se hallan recogidos en las constituciones y en las Declaraciones internacionales: los derechos económicos, sociales y culturales o, más simplemente, los derechos sociales. De un lado, parece existir coincidencia en que esta categoría presenta contornos bastante dudosos o difuminados, tal vez porque, en palabras de Forsthoff, “lo social es un indefinible *definiens*” (1986, p. 46), de manera que bajo el nombre de derechos sociales se agrupan elementos heterogéneos desde el punto de vista de su estructura, modalidades de ejercicio, etc. (F. Laporta, 2004, p. 298). Por otra parte, tiende a relativizarse el alcance de las diferencias entre derechos individuales y sociales, poniendo de relieve cómo numerosos rasgos característicos resultan en mayor o menor medida compartidos por unos y otros (Ruiz Miguel, 1994, p. 651 y s.; Abramovich, Courtis, 2002, p. 19 y s; L. Hierro, 2007, p. 171 y s.).

Pero no sólo comparten características. Como observa Pérez Luño (1984, p. 90 y s.) existe continuidad entre ambas categorías, al punto de que la satisfacción de los derechos sociales representa una condición para que los derechos individuales y con ellos la libertad y la igualdad se conviertan en reales y efectivas; la común base de sustentación de los derechos “excluye la idea de que puedan concebirse los derechos sociales como una categoría especial, sobrevenida inopinadamente” (Laporta, 2004, p. 309). Lo que tampoco significa que entre unos derechos y otros no se advierten evoluciones distintas, grados de efectividad jurídica dispares e incluso algunos rasgos que parecen perfilar mejor una u otra tipología. Seguidamente, se ensayará una aproximación que pretende mostrar y al propio tiempo relativizar tales diferencias, para abordar más tarde el problema jurídico central: si y en qué medida pueden construirse posiciones subje-

3 Por eso, decía la *Declaración* de 1789, “el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos” (art. 4)

tivas iusfundamentales de naturaleza prestacional en el marco del constitucionalismo contemporáneo y, más concretamente, en el marco de la Constitución española.

2. CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

a) *Los derechos y el papel de las instituciones.* Los derechos civiles y políticos son concebibles sin Estado, sin necesidad de instituciones sociales que los definan, o, al menos, así han sido tradicionalmente concebidos, mientras que los económicos, sociales y culturales ni siquiera pueden ser pensados sin alguna forma de organización política. La vida, la propiedad y la libertad son para la filosofía política liberal derechos naturales anteriores a cualquier manifestación institucional y precisamente si el Estado existe es con el único fin de protegerlos; por ello, el Estado puede resultar necesario para garantizar dicha protección, pero en ningún caso para definir lo esencial del contenido de los derechos: “la libertad es aquí algo antecedente, no viene creada por la regulación legal, sino que es protegida (hecha ejercitable) y/o limitada por ella” (Böckenförde, 1993, p. 76). Es más, algunos sostienen que los derechos no sólo son independientes de cualquier organización política, sino que cuanto “menos Estado” exista tanto mejor para los derechos.

Justamente lo contrario parece suceder con los derechos sociales. De entrada, la mera determinación del catálogo y contenido de tales derechos, de carácter marcadamente histórico y variable, supone ya un proceso de debate inimaginable al margen de la sociedad política; pues esa determinación depende en gran medida del grado de desarrollo de las fuerzas productivas, del nivel de riqueza alcanzado por el conjunto social, de la escasez relativa de ciertos bienes e incluso de la sensibilidad cultural que convierte en urgente la satisfacción de algunas necesidades. No estamos en presencia de derechos *racionales*, sino de derechos *históricos*, cuya definición requiere una decisión previa acerca del reparto de los recursos y de las cargas sociales, que obviamente no puede adoptarse en abstracto ni con un valor universal.

Sin embargo, y al margen de lo acertado o no de esta apretada síntesis, no deben compartirse las consecuencias institucionales que cabría pensar. En concreto, del carácter “natural” o pre-estatal de los derechos individuales no hay que concluir que éstos sean absolutos o incondicionados, predispuestos para triunfar siempre y en todo caso: cualquiera que sea nuestra concepción acerca de los límites de los derechos (interna o externa), tanto si somos conflictualistas como garantistas⁴, el tópico de que no hay derechos ilimitados resulta ser cierto. Esto es, los derechos sociales son limitados y colisionan con otros derechos, pero los individuales también lo hacen. Por lo demás, no cabe duda de que todos los derechos exigen para su protección una cierta estructura institucional, siquiera sea sólo para su defensa y tutela jurídica, aunque es verdad que esa estructura parece hacerse más densa y compleja en relación con los derechos sociales. En pocas palabras, cabe decir que en este punto la distancia que separa a los derechos individuales de los sociales es la que media entre el Estado liberal y el Estado social.

b) *Los derechos sociales como derechos prestacionales.* El carácter prestacional o de obligación positiva es uno de los rasgos más frecuentemente subrayados, tal vez porque, desde una óptica jurídica, resulta más explicativo o relevante que aquellos otros que se basan en consideraciones históricas, ideológicas o sociológicas (Contreras Peláez, 1994, p. 22 y s.). El criterio definidor residiría en el contenido de la obligación que constituye el “reflejo” del derecho: en los derechos civiles o individuales, el conte-

4 Me permito remitir a Prieto, 2013, p. 83 y s.

nido de la obligación consiste en una abstención u omisión, en un “no hacer nada” que comprometa el ejercicio de la libertad o el ámbito de inmunidad garantizado; en cambio, en los derechos sociales el contenido de la obligación es de carácter positivo, de dar bienes o de prestar servicios que tienen un carácter patrimonial y que suponen por ello una transferencia de recursos económicos y un problema de redistribución (Cruz Parceró, 2000, p. 91). Con todo, conviene formular algunas precisiones.

La primera es que algunos derechos generalmente considerados sociales se separan del esquema indicado, bien porque por naturaleza carezcan de todo contenido prestacional, bien porque la intervención pública que suponen no se traduzca en una prestación en sentido estricto; así, es manifiesto que carecen de contenido prestacional el derecho de huelga o la libertad sindical, salvo que interpretemos que la tutela pública de estas libertades es ya una prestación. A su vez, derechos sociales que requieren algún género de intervención pública, pero que no pueden calificarse propiamente de prestaciones son, por ejemplo, todos los que expresan restricciones a la autonomía individual en el contrato de trabajo, como la limitación de jornada, un salario mínimo o las vacaciones anuales. Igualmente, aunque no puedan calificarse como sociales, se excluyen aquellos derechos que implican “prestaciones jurídicas”, como el derecho a la tutela judicial⁵.

La segunda observación es que cuando hablamos de derechos prestacionales en sentido estricto nos referimos a bienes o servicios económicamente evaluables: sanidad, educación vivienda, subsidios de paro, enfermedad o vejez, etc.; pues de otro modo, si se incluyera también la defensa jurídica o la protección administrativa, todos los derechos fundamentales merecerían llamarse prestacionales (Gomes Canotilho, 1988, p.247), dado que todos ellos exigen en mayor o menor medida una organización estatal que permita su ejercicio o que los defienda frente a intromisiones ilegítimas, o también el diseño de formas de participación; desde la tutela judicial efectiva al derecho de voto, todos requieren de esas prestaciones en sentido amplio; por lo que cabe decir en este sentido que todos los derechos reconocidos son derechos a acciones positivas (Hierro, 2007, p. 221).

Ahora bien, sucede que en los derechos sociales “la prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho” (Contreras Peláez, 1994, p. 21). Más concretamente, dice Alexy (1986, p. 482) que “los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que — si el individuo poseyera medios financieros suficientes y se encontrase en el mercado una oferta suficiente— podría obtenerlo también de particulares”. Visto desde la perspectiva de los bienes que son objeto de los derechos sociales prestacionales, no se trata de bienes en sí fundamentales, como la vida o la integridad física, sino de bienes patrimoniales y como tales objeto también de derechos patrimoniales (Ferrajoli, 2011, I, p. 735).

Finalmente, conviene advertir que las técnicas prestacionales no pertenecen en exclusiva a alguna clase de derechos, sino que en general son aplicables a cualesquiera de los fines del Estado, incluso también a los derechos civiles y políticos. Piénsese, por ejemplo, en la libertad religiosa que, según opinión difundida, no sólo ha de ser respetada, sino también protegida y hasta subvencionada a fin de que su ejercicio pueda resultar verdaderamente libre; o en la libertad sindical o en los derechos de participación política, cuyo ejercicio es mantenido y ayudado merced a múltiples medidas prestacionales. Que estas prácticas sean saludables para las libertades o que, al con-

⁵ Estos serían los derechos prestacionales en sentido amplio, es decir, derechos a protección, organización y procedimiento, vid. R. Alexy, 1986, p. 435 y s.

trario, representen una intervención inaceptable que lesiona de paso la igualdad jurídica de todas las ideologías y confesiones es cuestión que no procede discutir ahora, pero en el fondo la técnica prestacional se halla presente no sólo en aquellos derechos que los son “por naturaleza”, sino también en otros que eventualmente se benefician de la misma (Böckenförde, 1993, p. 78 y s). Baste decir que aquí hablamos de los derechos prestacionales en sentido estricto, que últimamente Ferrajoli ha resumido en cuatro categorías: derechos a la subsistencia, a la salud, a la educación y a la información (Ferrajoli, 2011, II, p. 384)

c) *La titularidad de los derechos.* Frente a la pretensión de universalidad de los tradicionales derechos individuales, ya Bobbio observó el desarrollo de un proceso de *especificación*, “consistente en el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de los derechos... el paso se ha producido del hombre genérico, del hombre en cuanto hombre, al hombre específico, o sea, en la especificidad de sus diversos status sociales” (Bobbio, 1991, pp. 109 y 114). Y en este sentido algunos afirman por ejemplo que “los derechos sociales son los derechos de los trabajadores en tanto que tales, los derechos de clase y más precisamente de la clase obrera” (G. Burdeau, 1972, p. 370)

En realidad, esa especificación no supone tanto una restricción del círculo de los titulares jurídicos de los derechos, cuanto una toma en consideración de las necesidades en el ámbito de la definición de los mismos (Pérez Luño, 2006, p. 157). No se trata de una diferencia en la universalidad de los sujetos, sino de las situaciones: enfermedad, pobreza, ignorancia, etc. Por decirlo en una terminología moral, los derechos sociales no pueden definirse ni justificarse sin tener en cuenta los *finés particulares*, es decir, sin tener en cuenta entre otras cosas las necesidades, como se supone que hacía Kant para fundamentar la moral⁶; y, por ello, tampoco son concebibles como derechos universales en el sentido de que protejan bienes que interesen y que sean accesibles por igual a todo individuo, ya que se formulan para atender carencias y requerimientos instalados en la esfera desigual de las relaciones sociales. Dicho de otro modo, las ventajas o intereses que proporcionan o satisfacen las libertades individuales son comunes y preciosos para toda persona, mientras que las ventajas o intereses que encierran los derechos sociales tienen por objeto bienes patrimoniales que están en el mercado y se conectan a ciertas necesidades cuya satisfacción en el entramado de las relaciones jurídico-privadas es obviamente desigual. Los derechos sociales aparecen así al servicio de una “justicia compensatoria” (Arango, 2005, p. 337) de las situaciones de déficit, compensación necesaria para que todas las personas accedan a ciertos bienes básicos⁷

Por las mismas razones, los derechos sociales se configuran como derechos de igualdad entendida en el sentido de igualdad material o sustancial, esto es, como derechos, no a defenderse ante cualquier discriminación normativa, sino a gozar de un régimen jurídico específico en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada. Este es el sentido general del art. 9.2 de la Constitución

6 La ética, escribe Kant, “no puede partir de los fines que el hombre quiera proponerse... porque tales fundamentos de las máximas serán fundamentos empíricos, que no proporcionan ningún concepto del deber, ya que éste (el deber categórico) tiene su raíces sólo en la razón pura” (1797, p. 232). De ahí que esa razón pura sólo nos proporcione dos derechos innatos, la libertad y la igualdad jurídica, los dos únicos que pueden ser pensados sin considerar los fines empíricos, precisamente porque son instrumentos necesarios para que cada individuo alcance los fines que se propone.

7 Por eso, a mi juicio, la atribución universal que es propia de los derechos fundamentales (“todos”) debe reformularse como “el derecho de todos los individuos a obtener las prestaciones positivas fácticas necesarias para la satisfacción de sus necesidades básicas en caso de estar en una situación de desventaja que le impida satisfacer dichas necesidades por sí mismo” (Lopera, 2011, p. 167)

cuando ordena a los poderes públicos “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas...”. Justamente porque se considera que esa relativa igualdad sustancial que los derechos sociales articulan representa una condición o garantía del ejercicio de los propios derechos individuales (Ferrajoli, 2011, II, p.383) y con ello de los mismos bienes o valores que éstos preservan.

d) *El carácter de la obligación.* Una cuarta característica, en realidad más propia de los derechos prestacionales que de los derechos sociales en general, se refiere al tipo o carácter de las obligaciones generadas por los diferentes derechos. En efecto, tras los derechos civiles y políticos existen deberes jurídicos, normalmente de abstención, que representan reglas primarias o de comportamiento por lo común con un sujeto obligado universal. En cambio, tras los derechos sociales existen deberes positivos singulares que además por lo común se articulan mediante normas de organización; normas que, por así decirlo, se interponen entre el derecho y la obligación, entre el sujeto acreedor y el sujeto deudor. Como escribe Ferrajoli (2011, I, p. 705), “los derechos individuales son derechos absolutos o *erga omnes*, a los que corresponden prohibiciones (o sea, deberes negativos de no hacer) a cargo de todos y en primer lugar del Estado... los derechos sociales en cambio son derechos fundamentales relativos o *erga singulum*, a los que se corresponden obligaciones (o sea, deberes positivos de hacer) a cargo normalmente del Estado”.

Esto significa que los derechos individuales se violan fundamentalmente por *acción*, mientras que los sociales resultan lesionados por *omisión*, y esta diferencia es bastante importante (Laporta, 2004, p. 311 y s.). Porque, siendo así que para la satisfacción de un derecho prestacional interviene una pluralidad de sujetos, todos llamados a realizar acciones positivas (quien diseña la organización y el procedimiento, quien acuerda las dotaciones económicas, quien adopta y ejecuta las decisiones particulares, etc.) resulta bastante complicado identificar al responsable de la violación o desatención. Tal vez éste sea uno de los motivos que explican las particulares dificultades de los derechos prestacionales: las libertades generan un tipo de relación jurídica sencilla donde los individuos y los propios poderes públicos saben con bastante precisión en qué consisten sus derechos y deberes respectivos, mientras que estos otros derechos requieren un previo entramado de normas, estructuras administrativas y decisiones donde se entrelazan una multiplicidad de obligaciones jurídicas de distintos sujetos, cuyo cumplimiento conjunto es necesario para la plena satisfacción del derecho.

3. UNA DEFINICIÓN CONVENCIONAL

Me parece que los criterios que se han enunciado y acaso algún otro que pudiera desarrollarse contribuyen a mejor perfilar la fisonomía de los usualmente llamados derechos sociales, pero, como hemos advertido también, no alcanzan a dotar de homogeneidad a un catálogo de pretensiones y expectativas de por sí bastante heterogéneo. Cualquier opción resulta teóricamente legítima: desde la perspectiva del Derecho laboral, por ejemplo, pueden englobarse bajo el calificativo de sociales sólo los derechos específicos de los trabajadores; desde una óptica iusprivatista, los que representan límites o restricciones a los dos grandes principios de la codificación moderna, la propiedad y la autonomía de la voluntad; para una aproximación histórica, aquellos otros que nacieron bajo el impulso de las ideologías anarquista y socialista a partir de mediados del siglo XIX; una reflexión moral o política, en fin, discutirá cuáles son las necesidades relevantes que deben ser atendidas y formulará consecuentemente su propio catálogo de derechos sociales. El resultado de esos diferentes enfoques sólo será parcialmente coincidente.

Sin embargo, como igualmente hemos adelantado, para una teoría de los derechos constitucionales y tomando como referencia la Constitución española, pienso que el debate debe centrarse en el capítulo de los derechos prestacionales en sentido estricto (Cossío, 1989, p. 44). Pero tampoco de cualquiera de ellos, pues los derechos sociales prestacionales se han desarrollado con frecuencia y pueden seguir haciéndolo al margen de un claro diseño constitucional e incluso legal⁸. Lo que se pretende estudiar es si la caracterización básica de los derechos fundamentales como obligaciones estatales capaces de cimentar posiciones subjetivas, puede hacerse extensiva a los derechos que no generan un deber de abstención o de prestaciones meramente jurídicas, sino deberes positivos de dar bienes, prestar servicios o realizar actividades que, si se tuvieran medios, podrían obtenerse también en el mercado.

4. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS PRESTACIONALES

a) *El problema de su valor jurídico.* Es frecuente pensar que los derechos sociales en general y muy particularmente los derechos prestacionales o no son auténticos derechos fundamentales, representando una suerte de retórica jurídica, o bien, en el mejor de los casos, son derechos disminuidos o en formación. Esto ocurre incluso en alguna filosofía política, que concibe estos derechos como expresión de principios de justicia secundarios (Rawls, 1971, p. 123 y 237), cuando no como peligrosas confirmaciones del criterio utilitarista que amenaza el disfrute de los derechos individuales; o sea, en ningún caso se trata de triunfos frente a la mayoría e incluso, en no pocas exposiciones, aparecen como uno de los principales obstáculos que han de superar esos triunfos (Hayek, 1959, p. 350 y s.). Consecuentemente, de otro lado, en el panorama que ofrecen los ordenamientos de corte liberal, los derechos prestacionales tienden a situarse en el etéreo capítulo de los principios programáticos, muy lejos desde luego de las técnicas vigorosas de protección que caracterizan a los derechos fundamentales (Cascajo, 1988, p. 77 y s.). La simple lectura del art. 53 de la Constitución española confirma esta impresión: existen unos derechos civiles y políticos intangibles para el legislador, al menos en su contenido esencial, rodeados además de múltiples garantías, y existen unos principios (ni siquiera derechos) rectores de la política social y económica que “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, pero que “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Ciertamente, no todos los derechos prestacionales se hallan recogidos en el Capítulo III del Título I, ni por cierto en ese capítulo hay sólo derechos prestacionales, pero no cabe duda que el grueso de la que pudiéramos llamar promesa prestacional de la Constitución se encuentra bajo dicha rúbrica. Por eso, es muy significativo el juicio de uno de los primeros comentaristas: el Capítulo III, decía Garrido Falla en 1979, “está lleno de declaraciones retóricas que por su propia vaguedad son ineficaces desde el punto de vista jurídico”, pues para que una declaración tenga carácter jurídico no basta su inclusión en un texto constitucional o legal, sino que además es necesario “que tenga estructura lógica de norma jurídica: que sea una orden, un mandato, prohibición...” (Garrido Falla, 1979, p. 176), esto es, que adopte una determinada estructura imperativa.

Esta es una idea ampliamente extendida. Por citar sólo un par de ejemplos, decía Forsthoff (1975, p. 258) que el intento de dar vida a derechos sociales “tenía que fra-

8 En realidad, el Estado social se ha movido muchas veces fuera del esquema constitucional, bajo las formas parapúblicas de los seguros obligatorios, mediante la expansión de los aparatos burocráticos y de sus poderes discrecionales, etc., Ferrajoli, 2011, II, p. 382

casar, porque formulaciones de este tipo no son aptas para fundamentar derechos y deberes concretos”. Más rotundamente, escribe Braud (1968, p. 152) que “los derechos-obligaciones positivas... no son normas jurídicas, pues carecen de una condición indispensable: la aptitud para la afectividad” y, siendo así, “se sitúan fuera del Derecho”.

En el fondo, lo que parecen denunciar estas críticas es simplemente una falta de determinación de las pretensiones y de las correspondientes prestaciones que pueden buscar amparo o que resultan exigibles a la luz de algunos derechos sociales; por ejemplo, ¿a qué da derecho concretamente el “derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada” (art. 47,1 CE)? Pero esto en realidad constituye una característica común a la mayor parte de los derechos fundamentales y significa tan sólo que esos derechos reclaman una ulterior especificación legal o jurisprudencial (Abramovich y Courtis, 2002, p. 122 y s.; Hierro, 2007, p. 180 y s.). La prohibición de las penas inhumanas, los principios de igualdad o de autonomía (“libre desarrollo de la personalidad”, art. 10,1 CE), por ejemplo, sufren una no menor imprecisión. En suma, como escribe Bernal (2005, p. 301), “todas las disposiciones que establecen los derechos en una constitución son indeterminados, en el sentido de que no especifican con claridad el conjunto de las prohibiciones, mandatos, permisos y competencias que prescriben”.

Me parece que esta objeción de la indeterminación ha sido hoy mayoritariamente abandonada en la propia dogmática constitucional, pues “ya no se puede dar por buena la vieja tesis, de la época de Weimar, según la cual la imposibilidad de la aplicación inmediata de los derechos sociales constitucionales viene dada por su propia indeterminación” (Cascajo, 1988, p. 70; Cossío, 1989, p. 252). Sin duda, los principios rectores del Capítulo III, como todos los valores y principios de la Constitución, tienen naturaleza jurídica y participan de la fuerza propia de las normas constitucionales; “al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes” (STC 14/1992), cuyo “núcleo o reducto indisponible para el legislador... ha de ser preservado en términos reconocibles... (por) la conciencia social en cada tiempo y lugar” (STC 37/1994)

b) *Dimensión objetiva de los derechos prestacionales.* En cuanto que normas objetivas, las cláusulas que recogen derechos sociales o prestacionales vinculan a todos los poderes públicos, incluido el legislador, por lo que, en principio, nada impide que sean invocados en cualquier instancia jurisdiccional e incluso que sirvan de parámetro para el juicio de constitucionalidad. Böckenförde (1993, p. 81) ha resumido esa vinculación objetiva en tres aspectos: el fin o programa que supone un derecho prestacional se sustrae a la en otro caso libertad del legislador; es inadmisibles la inactividad o la desatención evidente y grosera por parte de los poderes públicos; y, por último, la satisfacción conferida a un derecho prestacional, una vez establecida, se muestra relativamente irreversible, en el sentido de que está protegida frente a una supresión definitiva o frente a una reducción que traspase los límites hacia la desatención grosera.

En su cualidad de normas objetivas, los derechos sociales que adoptan la forma de “principios rectores” presentan a mi juicio una virtualidad y una insuficiencia. La virtualidad es que tales principios y los derechos prestacionales que derivan de los mismos encarnan normas de eficacia directa e inmediata al menos en dos aspectos: como cobertura de una acción estatal que en otro caso pudiera resultar lesiva desde la perspectiva de otros derechos o de otros fines estatales⁹, y como pautas interpretativas de disposiciones legales o constitucionales, permitiendo soluciones más acordes con el modelo del Estado social¹⁰.

9 Por ejemplo, la protección del medio ambiente (art. 45 C.E.) puede justificar limitaciones a la explotación de los recursos y al aumento de la productividad, esto es, al derecho de propiedad (STC 66/1991)

10 Por ejemplo, de la cláusula del Estado social, unida a las obligaciones estatales que dimanar de los arts. 9,2 y 35, “debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente de las conquistas sociales ya

La insuficiencia me parece que también es doble: primero, y seguramente por la especial indeterminación de estos derechos, que no precisan en qué consiste exactamente la prestación debida, ni en consecuencia en qué casos se viola la expectativa, no puede decirse que resulte habitual invocarlos como parámetro *único* para acordar la inconstitucionalidad de una ley, aunque ello no resulte jurídicamente imposible; si cabe decirlo así, los principios rectores entran en escena más para respaldar al legislador que para sancionarlo, y es que los enunciados constitucionales resultan aquí lo suficientemente amplios como para que casi diferentes políticas puedan justificarse, pero también para que casi ninguna pueda reputarse como obligatoria. La segunda, y acaso más importante, es que a partir de los principios rectores es difícil construir posiciones subjetivas de prestación, no sólo porque existan dificultades procesales para que los sujetos titulares puedan reivindicar su cumplimiento, sino por otras razones que serán seguidamente examinadas.

c) *Dimensión subjetiva de los derechos prestacionales.* No creo que los derechos sociales prestacionales ofrezcan especiales dificultades por así decir *ontológicas* en orden a la fundamentación de derechos subjetivos accionables ante la jurisdicción. Los problemas no proceden de su estructura u objeto, sino más bien de un reconocimiento constitucional devaluado que condiciona su operatividad al desarrollo legislativo de los mismos, desarrollo en muchos casos insuficiente. La mejor prueba de ello es que la propia Constitución reconoce algunos derechos prestacionales con la máxima protección. Por ejemplo, la asistencia y defensa letrada del art. 24,2; desde luego, es evidente que el legislador tiene una cierta libertad de configuración para regular las formas y modalidades de las prestación, pero en ningún caso hasta el punto de suprimir o debilitar absolutamente el derecho: en determinadas circunstancias, toda persona tiene derecho a obtener y el Estado la obligación de proporcionar defensa letrada gratuita¹¹. Lo mismo cabe decir del derecho a la educación: también aquí el legislador dispone de una amplia discrecionalidad para organizar la enseñanza, pero al final ha de garantizar la escolarización gratuita de todos los niños en los niveles básicos, y esta es sin más una pretensión accionable ante los tribunales, incluido el Constitucional¹². En ambos casos, y por amplia que sea la libertad de configuración del legislador, el estatus constitucional fuerte de estos derechos prestacionales, es decir, su inclusión en la sección 1ª del Capítulo II, parece resolver el problema de su tutela judicial; aunque sea mucho lo que le corresponde decir a la ley, la tutela judicial del derecho a una prestación educativa o a la defensa letrada está fuera de duda, y esa tutela se proyecta lógicamente sobre las dimensiones subjetivas.

Sin embargo, resulta que la mayor parte de los derechos prestacionales aparece recogida en el Capítulo III del Título I y, por tanto, se ve afectada por el art. 53,3: como sabemos, los principios rectores/derechos prestacionales “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, pero “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Desde luego, la redacción del precepto no es muy afortunada, pero en modo alguno puede suponerse que los artículos. 39 y siguientes de la Constitución no sean alegables ante los tribunales ordinarios, pues, si su reconocimiento, respeto y

conseguidas. De esta manera... no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino” (STC 81/1982)

11 La asistencia letrada es “una obligación jurídico-constitucional” y se produciría un caso de indefensión “si el litigante carente de recursos económicos no se le nombra un defensor de oficio”, STC 132/1992.

12 “El derecho de todos a la educación (presenta) una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo... en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad”, STC 86/1985.

protección debe informar la “práctica judicial”, es evidente que no sólo son alegables, sino que deberán ser aplicados por los tribunales. En realidad, lo que el precepto parece querer decir es que los principios rectores no son todavía derechos en sentido técnico¹³, es decir, no amparan una concreta acción ante la justicia dirigida a obtener la prestación “prometida”. Las normas constitucionales son aplicables en el curso de cualquier controversia jurídica, pero su configuración como verdaderos derechos accionables ante la jurisdicción requiere la mediación del legislador, cuya función será concretar el alcance de la declaración, establecer formas de tutela, etc. Esta conclusión se obtenía con mayor claridad de la primitiva redacción del precepto¹⁴, pero la fórmula vigente debe conducirnos al mismo resultado.

Ahora bien, esta exigencia de desarrollo legislativo no vacía de contenido constitucional a los derechos prestacionales, ni siquiera impide por completo que pueda apreciarse en ellos una dimensión subjetiva. Primero, porque la intervención del legislador es *necesaria* para articular derechos subjetivos accionables ante los tribunales y sólo *conveniente* para perfilar los contornos de unos derechos que ya existen en y desde la Constitución. Y, segundo, porque el desarrollo legislativo resulta también imprescindible en prácticamente todos los derechos fundamentales (Alexy, 1986, p. 496), y del mismo modo que en la hipótesis absurda de que el Estado decidiese dismantelar la organización de justicia o de que quisiera hacer lo propio con el sistema público de enseñanza, ni el derecho a la tutela judicial ni el derecho a la educación dejarían de ser derechos constitucionales, así tampoco los derechos prestacionales deben su existencia a la actividad del legislador. Pero, sobre todo, conviene insistir en que la restricción contenida en el art. 53,3 afecta sólo a las posibilidades de tutela judicial ordinaria. El mencionado precepto no impide que por vía interpretativa se perfilen pretensiones subjetivas a partir de enunciados prestacionales, por más que esa interpretación no pueda producirse en el curso de un proceso ordinario iniciado por el sujeto titular con el único apoyo de un principio rector.

En efecto, si los derechos prestacionales del Capítulo III han de informar la práctica judicial, es que pueden ser objeto de interpretación por los tribunales ordinarios; y, desde luego, resultan justiciables también ante el Tribunal Constitucional, y no sólo a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad, sino acaso también mediante el recurso de amparo. Ciertamente, esta posibilidad requiere una interpretación algo tortuosa, dado que los principios rectores del Capítulo III están excluidos del recurso de amparo, pero creo que no se encuentra impedida por completo; por ejemplo, cabría articular dicho recurso a través de alguno de los derechos susceptibles de obtener tutela judicial mediante ese procedimiento para seguidamente ser interpretado a la luz o en conexión con un derecho prestacional¹⁵. En suma, que la jurisdicción ordinaria no pueda brindar tutela directa a posiciones subjetivas nacidas de un derecho prestacional mientras falte el desarrollo legislativo, según establece el art. 53,3, no significa que en el curso de cualquier procedimiento tenga prohibida la consideración de los principios rectores, como tampoco impide que haga lo propio el Tribunal Constitucional por cualquier camino procesal, incluido el amparo si resulta viable a través de otro derecho¹⁶.

13 Empleo aquí la terminología de Kelsen: “un derecho subjetivo en sentido técnico (consiste) en un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación” (1960, p. 147).

14 En el proyecto constitucional publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de 5 de enero de 1978 se decía que “no podrán ser alegados directamente como derechos subjetivos ante los tribunales”.

15 Cabe hablar aquí de una ampliación del ámbito del recurso de amparo por vía de conexión, esto es, de la tutela de una garantía o derecho en principio excluido del núcleo protegido, pero que se puede conectar a otro derecho susceptible de amparo. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha defendido una especie de derecho al rango de ley orgánica a partir de una conexión entre el art. 17,1 y el 81,1 (STC 159/1986); o un derecho a la motivación de las decisiones judiciales sobre la base de la conexión del art. 120,3 al 24,1 (STC 14/1991).

16 Por ejemplo, un derecho al “mínimo vital” podría construirse a partir del derecho a la vida (art.15),del principio

El Tribunal Constitucional español no parece haber llegado demasiado lejos. Al margen de los problemas ya comentados, suele insistir en que este capítulo de los principios rectores forma parte de la libertad de configuración del legislador. Y si bien en alguna ocasión ha hablado de un “núcleo o reducto indisponible” a favor de los derechos prestacionales (STC 134/1987), que parece evocar la idea de “contenido esencial”, lo cierto es que suele atribuir al legislador la tarea de articulación de “los instrumentos, normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivo el mandato constitucional, sin que ninguno de ellos resulte *a priori* constitucionalmente obligado” (STC 222/1992). Ciertamente, no son los jueces los sujetos llamados a diseñar los servicios, procedimientos y compromisos financieros que reclaman los derechos sociales, pero cuando menos conviene indicar dos cosas: que tampoco son desconocidas las sentencias aditivas o que tratan de subsanar una omisión legislativa que resulta inconstitucional; y segunda, que en alguna ocasión el Tribunal no ha tenido inconveniente en reconocer derechos allí donde la Constitución remitía a una ley claramente organizativa, como ocurrió con la jurisprudencia sobre la objeción de conciencia anterior a que se dictara la legislación pertinente¹⁷

Y llegados a este punto, es decir, al punto en que un órgano jurisdiccional a través de cualquier vía o procedimiento es llamado a decidir sobre un derecho prestacional, se suscita la que acaso sea pregunta nuclear: en qué condiciones y con qué alcance puede ofrecerle tutela. Alexy ha intentado resolver el problema con una argumentación sugestiva a partir de su concepción de los derechos como principios. La idea fundamental es que, desde la Constitución, debe renunciarse a un modelo de derechos sociales definitivos e indiscutibles; las exigencias prestacionales entran siempre en conflicto con otros principios o derechos, singularmente con la competencia legislativa y con los requerimientos de otras libertades o derechos, por lo que determinar en cada caso concreto si está justificada una prestación requiere un previo ejercicio de ponderación entre razones tendencialmente contradictorias que siempre concurrirán en mayor o menor medida. Concretamente, una posición de prestación estará definitivamente garantizada cuando el valor que está detrás de los derechos sociales, la libertad real o efectiva, exija con urgencia la satisfacción de una necesidad y, a su vez, los principios o derechos en pugna (el principio democrático en favor del legislador, las libertades de terceros, etc.) se vean afectados de modo reducido. En opinión de Alexy, esta condición se cumple “en el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar...” (Alexy, 1996, p. 495)

5. ENTRE LA JUSTICIA Y LA POLÍTICA

La divulgada imagen del coto vedado o de los triunfos frente a la mayoría a veces parece sugerirnos que hay o que es conveniente que exista una nítida frontera material entre la constitución y la ley. En relación con los derechos, nos sugiere que algunos son o deben ser de configuración constitucional y otros de configuración legal. Sin embargo, creo que, más allá de la plasticidad de esa imagen, un planteamiento como éste puede conducirnos a conclusiones equivocadas, al menos por dos razones. Primero, porque en el marco de un constitucionalismo rematerializado que ha otorgado carta de naturaleza a un amplísimo conjunto de valores, principios y derechos, sencillamente ha desaparecido la autonomía del legislador a propósito de cualquier materia; es lo que algunos

de Estado social (art. 1,1), conectado a la dignidad de la persona (art. 10,1) y, en fin, de algún principio rector, como el derecho a la protección de la salud, a una vivienda digna, etc.

17 “Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional no puede tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo de contenido... pero ese mínimo contenido ha de ser protegido”, STC 15/1982.

llaman el efecto irradiación o impregnación. Y segundo, porque es ilusorio pensar que algunas “materias” puedan quedar por completo sustraídas a las decisiones de la mayoría, especialmente tal vez en las sociedades contemporáneas que han alcanzado una altísima complejidad económica, social e institucional; el principio democrático tiende a no reconocer territorios prohibidos. Si aceptamos que la constitución puede hablar de todo, el legislador también puede hacerlo (respetando la constitución, claro está), y en última instancia corresponde a las instituciones de garantía poner voz a los textos.

Creo que los derechos sociales son suficientemente importantes como para postular su inclusión expresa en un texto constitucional garantizado y, consiguientemente, para depositar su tutela en la institución de garantía por excelencia, que es la jurisdicción, constitucional pero también ordinaria, que resulta ser con diferencia la más idónea para defender los derechos. Y en este trabajo he procurado explorar las posibilidades que ofrece la Constitución española en este sentido, que en verdad no son muchas. Pero considero también que si no hay un coto vedado absoluto en relación con ningún derecho, menos aún en relación con los derechos sociales. Como hemos visto, éstos reclaman medidas fiscales y presupuestarias, organización de servicios públicos, diseño de procedimientos, identificación de los sujetos responsables de las omisiones en que consiste la violación de los derechos prestacionales, etc., decisiones todas ellas que sencillamente no pueden adoptarse directamente por las instituciones de garantía, sino por el legislador positivo. En suma, si sólo la constitucionalización de los derechos sociales hace de ellos derechos fundamentales, o sea derechos frente a la mayoría, sólo la legislación puede asegurar también que sean derechos en verdad eficaces. Pero no sólo la eficacia depende del establecimiento legal de las correspondientes garantías, sino también la fisonomía universalista e igualitaria que es propia de todos los derechos fundamentales (Ferrajoli 2015, p. 138). El mundo de las prestaciones sigue siendo en gran parte un mundo burocrático presidido por la discrecionalidad política y administrativa y por ello sensible al favoritismo y a la corrupción. La ley no confiere existencia jurídica a los derechos sociales, que la obtienen de la Constitución, pero sí proporciona la garantía tanto de su eficacia jurídica como de la seguridad e igualdad entre los destinatarios y consiguientemente de la imparcialidad de las instituciones.

OBRAS CITADAS

- Abramovich, V. y Courtis, Ch. (2002), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid
- Alexy, R. (1986), *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón, CEC, Madrid, 1993.
- Arango, R. (2005), *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996), *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.
- Barcellona, P. (1993), *Formazione e sviluppo del Diritto privato moderno*, Jovene, Napoli.
- Bernal Pulido, C. (2005), *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Bobbio, N. (1985) “El modelo iusnaturalista”, en *Estudios de Historia de la filosofía: de Hobbes a Gramsci*, trad. de J.C. Bayón y Estudio Preliminar de A. Ruiz Miguel, Debate Madrid.
- Bobbio, N. (1991), *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís, Ed. Sistema, Madrid.
- Böckenförde, E.W.(1993), *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J.L. Requejo e I. Villaverde, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
- Braud, Ph. (1968), *La notion de liberté publique en Droit français*, LGDJ, París
- Burdeau, G. (1972), *Les libertés publiques*, LGDJ, París.
- Cascajo, J.L., (1988), *La tutela constitucional de los derechos sociales*, CEC, Madrid.
- Contreras, F.J. (1994), *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid.

- Cossio, J.R. (1989), *Estado social y derechos de prestación*, CEC, Madrid.
- Cruz Parceró, J.A. (2000), "Los derechos sociales como técnica de protección jurídica", en M. Carbonell y otros (ed.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM, México.
- Ferrajoli, L. (2011), *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, 3 vols., trad de P. Andrés y otros, Trotta, Madrid.
- Ferrajoli, L. (2015), *Iura Paria. I fundamenti della democrazia*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Forsthoﬀ, E. (1961), "Problemas constitucionales del Estado social", en *El Estado social*, trad. de J. Puente Egido, CEC., Madrid, 1986.
- Forsthoﬀ, E. (1975) *El Estado de la sociedad industrial*, trad.de L. López Guerra y J. Nicolás, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- Garrido Falla, F. (1979), "El artículo 53 de la Constitución", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 21.
- Gomes Canotilho, J.J.(1988), "Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1.
- Hayek, F.A. (1959), *Los fundamentos de la libertad*, trad. de V. Torrente, Unión Editorial, Madrid, 1975
- Hierro, L. (2007), "Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de R. Alexy", en R. Alexy, *Derechos sociales y ponderación*, Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- Kant, E.(1797), *Metafísica de las costumbres*, trad. de A. Cortina y J. Conill, Tecnos, Madrid, 1989.
- Kelsen, H. (1960), *Teoría pura del Derecho*, trad. de J. Vernengo, UNAM, México 1986.
- Laporta, F. (2004), "Los derechos sociales y su protección jurídica. Introducción al problema", en *Constitución y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid.
- Lopera Mesa, G. (2011), "Diversidad cultural y derechos sociales", en P. Grández (ed.), *El Derecho frente a la pobreza*, Palestra, Lima.
- Pérez Luño, A.E. (1994), *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid.
- Pérez Luño, A.E. (2006), "La positividad de los derechos sociales: un enfoque desde la filosofía del Derecho", *Derechos y Libertades*, 14.
- Prieto, L. (2013), *El constitucionalismo de los derechos*, Trotta, Madrid.
- Rawls, J. (1971), *Teoría de la justicia*, trad. de M. González, FCE, Madrid, 1979.
- Ruiz Miguel, A. (1994), "Derechos liberales y derechos sociales", *Doxa*, 15-16, vol. II
- Schmitt, C. (1927), *Teoría de la Constitución*, trad. de F. Ayala, Alianza, Madrid, 1982

LOS DELITOS DE ODIIO

(Análisis del artículo 510 del Código Penal: unos tipos penales con imprecisas fronteras)

María José OSUNA CERREZO

INTRODUCCIÓN

Es un hecho incontestable que la libertad de expresión constituye uno de los pilares fundamentales de un Estado democrático. Ya decía Voltaire en tiempos de la Ilustración aquella famosa frase que ha perdurado a través del tiempo «No estoy de acuerdo con lo que dices, pero defenderé con mi vida tu derecho a expresarlo». Nadie pondría en duda el derecho a expresar libremente las ideas, pues constituye un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución y en los Tratados y Convenios Internacionales. Tampoco existirían dificultades para llegar a un consenso sobre lo que claramente queda fuera del amparo de la libertad de expresión¹. El problema surge en la delimitación de las fronteras pues, lo que para algunos quedaría amparado en dicho derecho, para otros sería subsumible en los tipos penales recogidos en el Código Penal.

En estos últimos tiempos se han producido acontecimientos que obligan a reflexionar sobre este tema, pues son claramente constatables las diferencias con las que se afronta el análisis de la posible subsunción de los hechos en los tipos penales.

El pasado día 15 de febrero, con ocasión de la ceremonia de entrega de premios «Ciutat de Barcelona» que se celebraba en el salón de Cent del Ayuntamiento de esta ciudad, la poetisa Dolors Miquel recitó la poesía «Mare Nostra»², poema que responde a la misma estructura de la oración del padre nuestro católico y que contiene unas frases que fueron calificadas por algunos como una «burla para los católicos», lo que les llevó a interponer una querrela por la presunta comisión de un delito contra los sentimientos religiosos tipificado en el artículo 525 del Código Penal³. Para otros, en cambio, se trata de un poema feminista que ensalza la libertad de la mujer en tanto que creadora de la vida. La querrela no fue admitida a trámite por la titular del Juzgado de Instrucción n.º 26 de Barcelona, por considerar que los hechos no eran constitutivos de delito, si bien los querellantes anunciaron la interposición de recuso de apelación ante la Audiencia Provincial.

1 Como señala Mirena- Landa Gorostiza: «Es un clásico la referencia al Juez Holmes y su alusión a que ni el estándar más garantista de protección de la libertad de expresión permitiría que una persona tuviera derecho a gritar ¡fuego! falsa y maliciosamente en un teatro atestado de gente». Mirena Landa Gorostiza, «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art.510CP y propuesta de lege lata» *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época n.º7 (enero 2012), pp.297- 298.

2 Blanca Cia y Clara Blanchar, «El irreverente poema de los Ciutat de Barcelona genera una tormenta política» http://ccaa.elpais.com/ccaa/2016/02/16/catalunya/1455614571_649067.html, consultado el 10 de mayo de 2016

3 La Asociación Española de Abogados Cristianos interpuso denuncia ante la Fiscalía del Servicio de delitos de Odio y Discriminación contra la poetisa y contra la Alcaldesa de Barcelona Ada Colau. Poco después, el 25 de febrero E. Cristians también lo hizo: El Fiscal Coordinador de delitos de odio, acordó la incoación de diligencias de investigación, más las remitió al Juzgado al tener conocimiento de que se había interpuesto una querrela sobre los mismos hechos por parte de la Asociación Amistad en Cristo Nuevo Amanecer. El Juzgado de Instrucción acordó no dar lugar a la admisión de la querrela y, cuando se recibieron las diligencias de investigación de la Fiscalía, la jueza acordó la acumulación de las mismas a la causa ya archivada, manteniendo la resolución anterior.

«Una juez rechaza investigar a Colau y Miquel por el poema del padrenuestro» EFE Barcelona Martes, 29 de marzo del 2016 18:37 <http://www.elperiodico.com/es/noticias/sociedad/una-juez-rechaza-investigar-colau-miquel-por-poema-del-padrenuestro-5011368>, consultado el 10 de mayo de 2016

Otros hechos que levantaron una enorme polémica fueron los ocurridos con ocasión de la celebración del carnaval en Madrid y la exhibición de la obra de marionetas «La Bruja y Don Cristóbal» por parte de la compañía «Títeres desde Abajo» en la programación infantil de las fiestas. Los autores fueron detenidos por la presunta comisión de un delito de enaltecimiento del terrorismo y delito de odio, pasando cinco días en prisión, hasta que el mismo juzgado, reconsiderando la decisión anterior, acordó la puesta en libertad. La utilización durante la obra de un cartel que ponía «Gora Alka-ETA» y la aparición de diversas escenas de violencia en la obra llevaron a la inculpación por los citados delitos.

Lo que para unos resultaba una conducta merecedora de una sanción penal, para otros constituía un ataque a la libertad de expresión, que, en esencia, es más amplia cuando de obras literarias o artísticas se trata. No existe consenso sobre los límites de la libertad de expresión en la sociedad y puede llegar a no existir en la doctrina y la jurisprudencia.

Aun cuando la jurisprudencia sobre los tipos penales contribuye a dar una respuesta igual a casos similares, como ocurre en el caso del artículo 525 del Código Penal, en el que la mayoría de las causas incoadas por este tipo delictivo han sido archivadas por no apreciar la existencia del ánimo de injuriar que le caracteriza, hay que decir que al tipificar la conducta, consistente en el escarnio público, de palabra, por escrito o mediante cualquier otro tipo de documento de los dogmas, creencias, ritos y ceremonias, o a los que vejen públicamente a los que las profesan o practiquen, para ofender los sentimientos de una confesión religiosa, deja clara la necesidad de la intención del que realiza la acción, que no es otra que la de ofender los sentimientos de una confesión religiosa, hecho que permite, en la mayoría de los casos, el descartar la existencia del delito, sobre todo cuando de una obra literaria o artística se trata⁴.

El modo en que está redactado el tipo penal tiene importantes consecuencias a la hora de obtener una interpretación unánime o mayoritaria. La amplitud con la que esté descrita la conducta típica permite a los operadores jurídicos defender su aplicación a casos muy dispares en gravedad: y aun cuando finalmente los jueces y Tribunales vayan perfilando los límites de aplicación del tipo, entre tanto muchas causas habrán sido incoadas bajo la acusación de haber traspasado los límites del derecho a la libertad de expresión, con el consiguiente efecto disuasorio para los afectados y para todos aquellos que tengan conocimiento de su existencia («*Chilling Effect*»).

Al abordar el estudio de los tipos penales que tipifican el llamado discurso del odio, nos encontramos con posturas enfrentadas. Los tipos penales han sido modificados en la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 con la finalidad de dar respuesta penal a determinadas conductas graves que habían sido consideradas atípicas con la redacción anterior del artículo 510, si bien la amplitud de los términos utilizados, hace temer por una excesiva limitación del derecho a la libertad de expresión, con lo que ello conlleva.

Resulta muy difícil acotar el tipo penal cuando la acción se describe de manera tan amplia, más también lo es encontrar la fórmula para permitir la subsunción de determinadas conductas que, sin llegar a constituir una provocación a la violencia o a la discriminación en el sentido técnico-jurídico del artículo 18 del Código Penal, sí suponen en cambio la creación de un peligro abstracto para el bien jurídico protegido.

4 Para mayor profundización sobre casos que se han denunciado y las resoluciones judiciales adoptadas en torno a los mismos: Gómez Martín, Marquina Bertrán, De Rosa Palacio, Tamarit, Aguilar García, «Manual pràctic per a la investigació i enjudiciament de delictes d'odi i discriminació». Aguilar García (dir), Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona 2015- pp.248-251.

Si muchos compartiéramos la frase de Pablo Milanés «las ideas se discuten y se combaten, no se encarcelan»⁵, también aceptaríamos la idea de Alessandro Manzoni de que «ciertamente se hallarán pocas cosas que contribuyan a corromper a un pueblo tanto como la costumbre de odiar»⁶.

Aun partiendo de que «lo que es objeto de castigo no es la expresión en sí de unas ideas, por execrables que sean, sino cuando esta expresión se hace de modo y circunstancias que supongan una provocación al odio, la discriminación o la violencia, infringiendo los valores constitucionales de la dignidad humana y de la no discriminación por razón de nacimiento, origen racial, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, que recojan los artículos 10 y 14 de la CE»⁷, la interpretación sobre cuando se debe considerar que dichas expresiones suponen una incitación al odio, la discriminación o la violencia es lo que determina las diferencias de postura en la doctrina y la jurisprudencia.

Si hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la interpretación de la expresión «provocaren» que utilizaba el artículo 510 del Código Penal había llevado al Tribunal Supremo y otros tribunales a absolver de graves conductas por no haber constituido propiamente una provocación en el sentido del artículo 18 del Código Penal, la redacción actual del precepto hace temer por lo contrario, por una excesiva penalización de conductas que anteriormente estaban claramente excluidas.

Mientras que para algunos como Portilla Contreras «los delitos de odio simbolizan el desprecio por la libertad de expresión, creencia e ideología, que hubiera llevado a la hoguera la “Incitación al Nixonicidio y la alabanza a la Revolución Chilena” y a Pablo Neruda a la cárcel»⁸. Para otros como Dolz Lago «En efecto, el falso escenario que sitúa estos delitos de odio ante las libertades de expresión, manifestación y reunión, entendiéndose que se está en presencia de un conflicto con derechos fundamentales y libertades públicas cuando se tipifican penalmente los delitos de odio, lleva necesariamente a tener que clarificar dogmáticamente estas figuras penales, desde su consagración legislativa, para situarse en el verdadero escenario jurídico de los mismos, que no es otro que precisamente, la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas supuestamente en conflicto con la norma penal, desde una perspectiva positiva, que se refiere a lo que es y negativa que delimita por esta vía lo que no es»⁹. En mi opinión la crítica que recibe el nuevo artículo 510 por parte de Portilla Contreras es exagerada y quizás con esa frase busca llamar la atención para que el jurista se plantee la posible subsunción de las conductas en el tipo penal con extremada precaución, pues cuanto más se amplíe el campo de aplicación del tipo, menos campo de actuación tendrá la libertad de expresión.

Es obvio que determinadas conductas no quedan amparadas por la libertad de expresión pues chocan con otros derechos fundamentales que deben ser respetados: el derecho a la igualdad, el derecho a la dignidad, el derecho al honor, la libertad religiosa

5 Pablo Milanés, <http://www.frasesypensamientos.com.ar/autor/pablo-milanes.html>- consultada el 10 de mayo de 2016

6 Alessandro Manzoni, <http://www.mundifrases.com/frases-de/alessandro-manzoni/?tag=odio#start-content>, consultada el 10 de mayo de 2016

7 Gómez Martín, Marquina Bertrán, De Rosa Palacio, Tamarit, Aguilar García, «Manual pràctic per a la investigació i enjudiciament de delictes d'odi i discriminació», Aguilar García (dir.), Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Barcelona 2015- p.33.

8 Portilla Contreras, «La represión penal del “discurso del odio”» en Quintero Olivares (dir.), *Comentario a la reforma Penal de 2015*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), abril 2015, pp.717-718

9 Dolz Lago, «Los delitos de odio en el Código Penal tras la modificación operada por la LO 1/15. Breve referencia a su relación con el delito del art.173CP» Código CEJ 2016/FC006FS, Jornadas de especialistas en la tutela penal de la igualdad y contra la discriminación, Madrid 2016, p.2

etc. Pero no creo que sea tan fácil salvar el escollo de la amplitud con que está redactado del tipo penal sobre la base de que a través del mismo se está defendiendo el derecho fundamental a la libertad de expresión, como si de las conductas de vulneración del mismo derecho se tratara, pues para fijar las mismas es necesaria una labor de interpretación y según los términos en los que se haga, puede llegar a poner en peligro la libertad de aquellas minorías que defienden posturas no compartidas e incluso rechazadas por la mayoría de la sociedad, o, en palabras de Alcacer Guirao¹⁰, la libertad de los intolerantes a expresar sus ideas¹¹.

La amplitud de los tipos genera inseguridad jurídica. El ciudadano debe saber cuando realiza una acción si esta es delictiva. Para ello el tipo penal debe ser lo suficientemente entendible y concreto. De otro modo, ante el temor de incurrir en la comisión de un delito, puede abstenerse de expresar libremente sus ideas.

Ante unos tipos penales excesivamente amplios, también los Jueces y Tribunales pueden llegar a conclusiones muy dispares e incluso llegar a extenderse una aplicación muy amplia de los tipos penales. Dependerá de las convicciones de los jueces, convicciones que a la larga no son ajenas a las de la sociedad misma en la que desempeñan sus funciones. Como señala Teruel Lozano «Queda al albur del buen criterio del juez no sancionar conductas que, “aparentando” su tipicidad —o incluso siendo típicas—, terminen siendo consideradas legítimo ejercicio de la libertad de expresión y por consiguiente no antijurídicas»¹².

DELITOS DE OUDIO

Los discursos del odio son tan solo algunas de las conductas que integran los delitos de odio. En realidad son delitos de odio o *Hate Crimes* todos aquellos delitos genéricos de la parte especial del Código Penal cometidos por motivos racistas, antisemitas u otras clases de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género o la enfermedad que padezca o su discapacidad. En definitiva todos aquellos en los que pueda apreciarse la circunstancia agravante genérica del Art.22.4 del Código Penal¹³.

«La importancia de estos delitos se fundamenta en un doble ataque: de una parte, las víctimas de estos delitos son seleccionadas intencionadamente, por motivos de intolerancia, por lo que se les causan unos daños físicos y emocionales incalculables.

10 Alcacer Guirao, «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los Intolerantes» *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 13-02 (2012)

11 Sostiene Dolz Lago que «Finalmente, para saber a donde vamos, no estaría de más señalar que en ese orden democrático se insertan los derechos fundamentales y libertades públicas de ideología, opinión, expresión, manifestación y reunión, que paradójicamente, desde ciertos sectores doctrinales y judiciales, se esgrimen como elementos neutralizadores de la tipicidad penal de estas conductas, defendiendo la tolerancia con los intolerantes. Sin percatarse, sin duda de forma inconsciente, que la tolerancia con los intolerantes nos condena a la intolerancia con los tolerantes. Es decir, al suicidio». Dolz Lago, «Los delitos de odio en el Código Penal tras la modificación operada por la LO 1/15. Breve referencia a su relación con el delito del art.173CP», *Código CEJ* “2016/FC006FS, Jornadas de especialistas de la tutela penal de la igualdad y contra la discriminación, Madrid 2016, p.6.

12 Teruel Lozano, «La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal», *Indret Revista para el análisis del Derecho*, WWW.Indret.com, Barcelona 2015, p.41

13 La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) en el año 2003 adoptó una definición sobre delito de odio como «cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, en los que la víctima, el lugar o el objeto de la infracción son seleccionados a causa de su conexión, relación, afiliación, apoyo o pertenencia real o supuesta a un grupo que pueda estar basado en la “raza”, origen nacional o étnico, el idioma, el color, la religión, la edad, la minusvalía física o mental, la orientación sexual u otros factores similares, ya sean reales o supuestos».

Pero de otra parte, y por eso son más graves, se atemoriza a todo el colectivo al que pertenecen, cosa que genera sentimientos de miedo e inseguridad y amenaza de una manera indirecta la seguridad y tranquilidad de todos los ciudadanos. Son, en definitiva, una amenaza para la paz pública»¹⁴.

Decía Jean Paul Sartre: « Basta con que un hombre odie a otro para que el odio vaya corriendo hasta la humanidad entera»¹⁵. Aún cuando esta frase pueda parecerse exagerada, a nadie se le olvida la experiencia del holocausto cometido por los nazis bajo el gobierno nacionalsocialista: el odio de un solo hombre se fue expandiendo, junto con las ideas de supremacía de una raza para acabar provocando una guerra mundial.

La preocupación por estas conductas empieza tras la segunda Guerra mundial y es a partir de este momento cuando los Estados y las organizaciones internacionales empiezan a legislar sobre el tema para evitar que situaciones como esta se repitan. Hoy de nuevo la preocupación se acrecienta: en muchos países de nuestro entorno sube el apoyo a los partidos políticos más radicales cuyos postulados en ocasiones tienen un marcado tinte xenófobo cuando no abiertamente racista. De ahí la necesidad de unificar las legislaciones europeas en esta materia, con el fin de conseguir una respuesta unánime y eficaz en la lucha contra los delitos de odio.

REGULACIÓN EN NUESTRO CÓDIGO PENAL

a) Delitos de odio

Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, si hablamos de delitos de odio, debemos tener en cuenta los siguientes artículos del Código Penal:

1) El art.22.4 del Código Penal considera circunstancia agravante: «cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género la enfermedad que padezca o su discapacidad».

2) El art. 170.1, que no ha sido modificado, y que tipifica como tipo agravado las amenazas de un mal que constituyere delito «cuando fueren dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo».

3) El art. 173.1 del Código Penal, cuya redacción no ha variado tras la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, y que castiga al que «inflingiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral» con la pena de prisión de seis meses a dos años.

4) El art. 174, que no ha sido modificado y tipifica el delito de tortura previendo la posibilidad de que la tortura obedezca a «cualquier razón basada en algún tipo de discriminación».

5) Los artículos 510 y 510 bis, que han sufrido una importante modificación, por lo que en ellos centraremos el estudio más detallado.

6) El art. 515.5 del Código Penal, que ha recibido una nueva redacción tras la reforma de la L.O. 1/2015, y que castiga las asociaciones ilícitas considerando como tales

14 Gómez Martín, Marquina Bertrán, De Rosa Palacio, Tamarit, Aguilar García, «Manual pràctic per a la investigació i enjudiciament de delictes d'odi i discriminació», Aguilar García (dir), Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona 2015, p.14.

15 Jean Paul Sartre, <http://www.proverbia.net/citasautor.asp?autor=894>, consultado el 10 de mayo de 2016.

«aquellas que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza, o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad».

7) Los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos contenidos en los artículos 522 al 525, que no han sido modificados y que castigan graves conductas que atentan contra la libertad religiosa y de culto.

8) El Artículo 607 que tipifica el delito de genocidio.

b) Delitos de discriminación

Se consideran tales aquellos en los que se ataca el bien jurídico de igualdad de trato de manera directa o indirecta. Tras la reforma operada por el Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, si hablamos de delitos de discriminación, debemos tener en cuenta los siguientes tipos penales:

1) El art. 314 que tipifica las conductas de grave discriminación en el empleo. Este artículo ha sufrido una pequeña modificación tras la aprobación de la L.O 1/2015 para incluir la «discapacidad» como motivo de discriminación.

2) El art. 511, que ha recibido una nueva redacción tras la reforma operada por la LO 1/2015, y que tipifica el de denegación de prestaciones a una persona o asociación, fundación, sociedad, corporación o contra sus miembros por parte de un particular encargado de un servicio público o por parte de un funcionario público por razón de la ideología, religión o creencias su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

3) El art. 512, que también ha recibido una nueva redacción tras la reforma de la LO 1/2015 y que tipifica la denegación de prestaciones en el ejercicio de actividades empresariales o profesionales, cuando dicha denegación obedeciere a la ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

RAZONES DE LA REFORMA DE 2015

Tras la reforma operada por la L.O 1/2015, de 30 de marzo, los discursos del odio se tipifican en los artículos 510 y 510 bis del Código Penal bajo el epígrafe «De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución».

Básicamente, subyacen a la reforma dos importantes razones:

1) La necesidad de ajustar la regulación a la Decisión Marco 2008/913/JAI de 28 de noviembre, dictada por el Consejo Europeo, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal que debía ser traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico.

Esta Decisión Marco, que era continuación de la acción común 96/443/JAI, prevé la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros referentes a los delitos de carácter racista o xenófobo. la misma establece: «Los comportamientos racistas y xenófobos deben constituir en todos los Estados miembros y ser punibles mediante sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, con una pena máxima de uno a tres años de prisión como mínimo».

La Decisión Marco es aplicable a cualquier delito cometido en el territorio de la Unión Europea, incluidos los delitos cometidos por medio de un sistema de información y por un nacional de un Estado miembro o por cuenta de una persona jurídica que tenga su sede en un Estado miembro. A este respecto la decisión Marco establece los criterios para determinar la responsabilidad de una persona jurídica.

Se consideran punibles como delitos penales determinados actos cometidos con objetivos racistas o xenófobos, tales como:

1. La incitación pública a la violencia o al odio, dirigidos contra un grupo de personas o contra un miembro de dicho grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión o creencia, la ascendencia o el origen nacional o étnico.

2. La difusión por cualquier medio, de escritos imágenes u otros soportes de contenido racista o xenófobo.

3. La apología pública, negación o trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Artículos 6,7 y 8) y los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo. También serán punibles la incitación, la participación intencional o la tentativa de cometer alguno de los actos anteriormente mencionados.

En relación con los delitos enumerados en el art. 1, la Decisión Marco dispone que los Estados miembros deberán establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias y penas máximas de uno a tres años como mínimo. También dispone que en cualquier caso, la motivación racista y xenófoba se considerará como circunstancia agravante, o bien los tribunales tendrán en cuenta dicha motivación a la hora de determinar las sanciones aplicables.

Con respecto a las personas jurídicas, la Decisión Marco establece que se les deberán imponer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o no penal. Además, podrán ser castigadas con otras sanciones, tales como: exclusión del disfrute de subvenciones o ayudas públicas, prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales, vigilancia judicial y medida judicial de disolución.

Asimismo establece el carácter público de estos delitos cuando dispone que el inicio de las investigaciones y actuaciones judiciales respecto a delitos racistas o xenófobos no estará supeditado a la presentación de declaraciones o de cargos por parte de la víctima.

2) La sentencia del Tribunal Constitucional 235/07 que declaró inconstitucional la expresión «o negaren» contenida en el apartado segundo del artículo 607 del Código Penal, concretando que la negación del genocidio solamente puede ser delictiva como forma de incitación al odio contra las minorías.

LA AGRAVANTE GENÉRICA DEL ARTÍCULO 22,8ª DEL CÓDIGO PENAL

La modificación operada por la LO 1/2015 en esta circunstancia agravante es mínima pues únicamente ha consistido en introducir la motivación de «razones de género». La reforma, quizás, no era necesaria, desde el momento que el artículo ya incluía el hecho de cometer el delito por razones de sexo. No obstante se ha pretendido hacer referencia a «ejecutar el hecho por motivos machistas, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres». Tiene por tanto una matiz diferente a las «razones de sexo» y por tanto un ámbito de aplicación distinto.

Será difícil determinar como ocurre en general con cualquier motivación, cuando el sujeto activo ha actuado de ese modo por motivos machistas, habrá que estar a los indicios, que obviamente deberán ser plurales o único, pero especialmente trascendente y concluyente. El Tribunal Supremo afirma que «en pro del principio de seguridad jurídica y para la correcta aplicación de esta agravante, deberá probarse caso por caso que la motivación racista ha sido el móvil principal del delito que pretende agravarse» STS 4 de julio de 2012 (RJ 2012,2299).

En palabras de la STS de 23 de noviembre de 2007(RJ 2007,583) *«Se trata en definitiva, de un elemento subjetivo atinente al ánimo o móvil específico de actuar precisamente por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, excluyendo por consiguiente, aquellos supuestos en los que estas circunstancias carezcan del suficiente relieve o, incluso, no tengan ninguno. Resulta por ello innecesario señalar que no todo delito en el que la víctima sea una persona caracterizada por pertenecer a otra raza, etnia o nación o participar de otra ideología o religión o condición sexual, haya de ser aplicada la agravante. Se trata de una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, siendo por ello requisito que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito».*

La lista del art. 22.4 del CP contiene un *númerus clausus* de motivaciones delictivas que pueden dar lugar a la agravación de la pena, y ello por exigirlo el principio de seguridad jurídica protegido por la Constitución. Así lo estableció la STS de 9 de noviembre de 2006 (RJ 2007, 299) *«Cabrá aplicar dicha agravante cuando el delito se haya llevado a cabo por motivos racistas, antisemitas o discriminatorios; discriminación que deberá hallarse circunscrita a las circunstancias enumeradas por el código, esto es: ideología, religión o creencia de la víctima, la etnia, la raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad».*

La expresión «identidad sexual» fue introducida en la reforma de la L.O. 5/10 de 22 de junio, por lo que a partir de esa reforma quedaron protegidos los sujetos pasivos cuya identidad sexual no coincida con el sexo con el que nacieron y fueron inscritos (transexualidad, travestismo, androginia etc). Paradójicamente el legislador en 2010 olvidó introducir la misma mención de «identidad sexual» en los tipos delictivos que dan respuesta a conductas delictivas de grave discriminación, cuestión que ha solventado la reforma operada por la ley 1/12015.

Esta agravación de la responsabilidad penal debe inferirse de las circunstancias externas, objetivas y probadas, pero, al exigirse que el elemento motivacional de la conducta sea el obrar por motivos racistas, antisemitas o discriminatorios, este solo podrá deducirse de indicios. Y, como afirma el TS en su Sentencia de 23 de noviembre de 2007 (RJ 2007,583) *«es cierto que en muchos supuestos estarán acreditados de forma palmaria, pero también lo es que pudieran producirse casos límite de muy compleja solución».* La STS de 22 de abril de 2010 (RJ 2010,4913) confirmó la aplicación de esta circunstancia agravante por entender que los siguientes indicios eran suficientes para probar la motivación ideológica del delito: *«el propósito del acusado de acudir a la manifestación convocada por la ultraderechista Democracia Nacional “contra el racismo antiespañol”; la estética neonazi que exhibía aquél; los gritos “Sieg Heil”, de acentuada tradición nazi, proferidos por aquél tras apuñalar a Teodoro, a la vez que saludaba al estilo romano; la utilización de la palabra “ guarros” para referirse a los antifascistas, término despectivo que utilizan los fascistas para referirse a sus oponentes ideológicos, según algunos de los referidos testigos, y el jefe policial del grupo XXI, evidencian la ideología del acusado y frente a ella, la radicalmente contraria de Teodoro, no cuestionada por su izquierdismo, avalan de modo inapelable la conclusión del Tribunal sentenciador al expresar que las*

extremas discrepancias de pensamiento constituyeron el móvil que guió la agresión de Fermín contra Teodoro, como se desprende inequívocamente del comportamiento del acusado al situarse junto a una de las puertas de entrada al vagón, con la navaja escondida, esperando serenamente la entrada de sus oponentes ideológicos, utilizando el nimio pretexto de ser preguntado por su sudadera para asestarle sin más la puñalada mortal».

El Tribunal Supremo, por contra, no ha aplicado esta agravante en la STS de 24 de septiembre de 2014 (RJ 2014,4607), al no considerar los insultos sexistas vertidos contra la víctima respondían a finalidades distintas a las discriminatorias. «*No aparece una clara finalidad en el actuar delictivo dirigido a humillar la condición femenina de la víctima, sino que la utilización de la mujer del SR. Angel para ofenderle a él no posee una finalidad machista, sino que su utilización estaba justificada por el parentesco, como hubiera sucedido si hubiera sido una amiga, su cuñada, su hija*». Se trataba de un supuesto en el que el sujeto activo pretendía ofender a una persona a través de otra próxima a aquella.

La motivación de discriminación debe tener entidad suficiente separándola de la acción típica del delito a que acompaña. La STS de 30 de octubre de 2009(RJ 2010,1995) niega su aplicación basándose en que «*tal discriminación carece, en el caso que nos ocupa de sustantividad separable de la conducta típica: la acumulación de la penalidad por la agravación a la correspondiente al tipo básico implica penar doblemente unos mismos elementos fácticos*».

INDICADORES DE POLARIZACIÓN

La falta de prueba sobre la motivación de la conducta típica ha provocado que en algunas ocasiones hayan pasado desapercibidos algunos delitos de odio, siendo juzgados como delitos sin motivación especial. Para evitarlo se han recopilado los indicios que, de concurrir, deben alertar a las fuerzas y cuerpos de seguridad, a los jueces y fiscales sobre la posible concurrencia de una motivación de odio o discriminación de cara a llevar a cabo una investigación más exhaustiva y eficaz que permita averiguar si tras la conducta se esconde o no ese tipo de motivación.

Se trata de los «indicadores de polarización», esto es «un conjunto de indicios que deben ser debidamente recopilados e incorporados al atestado policial, con el fin de dotar a fiscales y jueces de los suficientes indicios racionales de criminalidad, que permitan formular cargos de imputación y, en su caso, fundamentar condenas»¹⁶.

La concurrencia de uno o varios factores de polarización será suficiente para orientar la investigación con el fin de desvelar la existencia de una motivación racista, xenófoba o de otra naturaleza en el delito cometido. Entre los factores de polarización que pueden determinar la acreditación de la motivación, cabe destacar, siguiendo lo indicado por la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE-ODIHR) los que a continuación se exponen:

«a) La percepción de la víctima. Siguiendo las recomendaciones de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa (ECRI), la sola percepción o sentimiento, por parte de la víctima, de que el motivo del delito sufrido pueda ser racista, xenófobo o discriminatorio debe obligar a las autoridades a llevar una investigación eficaz y completa para confirmar o descartar dicha naturaleza. Esa percepción

16 Gómez Martín, Marquina Bertrán, De Rosa Palacio, Tamarit, Aguilar García «Manual pràctic per a la investigació i enjudiciament de delictes d'odi i discriminació», Aguilar García (dir), Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona 2015, p.309

Consultar asimismo : OSCE-ODIHR, Prosecuting Hate Crimes: A practical Guide « Using bias indicators to identify a potential hate crime case» <http://www.osce.org/odihhr/prosecutorsguide> p.46

subjetiva de la víctima, no significa que finalmente el hecho deba calificarse de racista, xenófobo o discriminatorio, pero obliga a la policía judicial o a los fiscales o a los jueces de instrucción a su investigación. En este sentido, se expresa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencias de fechas de 4 de marzo de 2008, de 31 de marzo de 2010 y de 4 de marzo de 2011 y más recientemente en Sentencia de 20 de octubre de 2015, Balázs versus Hungría.

b) La pertenencia de la víctima a un colectivo o grupo minoritarios, por motivos étnicos, raciales, religiosos, de orientación o identidad sexual etc.

c) Discriminación y odio por asociación. La víctima puede no pertenecer o ser miembro del grupo objetivo, pero puede ser un activista que actúa en solidaridad con el colectivo.

Igualmente, puede darse el caso de que la víctima se hallase en compañía de algunos de los miembros del grupo vulnerable. En definitiva, se trata de víctimas que sin pertenecer a un colectivo minoritario son deliberadamente escogidas por su relación con el mismo.

Piénsese en hechos cometidos contra las parejas interraciales o grupos de amigos de diferentes orígenes nacionales, religiosos o étnicos o contra los miembros de una ONG que defienden los derechos de minorías.

d) Las expresiones o comentarios racistas, xenófobos u homófobos, o cualquier otro comentario vejatorio contra cualquier persona o colectivo, por su ideología, situación de exclusión social, orientación religiosa, por ser persona con discapacidad, etc., que profiera el autor/es al cometer los hechos. En este caso, se recomienda que sean recogidas con toda su literalidad en las declaraciones de la víctima o los testigos.

e) Los tatuajes, el vestuario o la estética del autor de los hechos. En muchos casos, estos elementos tendrán una simbología relacionada con el odio, y ayudarán acreditar y describir de forma gráfica el perfil del autor y la motivación del delito. En este sentido, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán aportar informes fotográficos incorporados a los atestados reflejando todos estos datos.

f) La propaganda, estandartes, banderas, pancartas, etc. de carácter extremista o radical que pueda portar el autor de los hechos o que puedan encontrarse en su domicilio. En este último supuesto, si se lleva a cabo un registro domiciliario. Todos estos efectos serán filmados o fotografiados para su incorporación al atestado.

g) Los antecedentes policiales del sospechoso. Antecedentes que pueden derivarse por haber participado en hechos similares, o por haber sido identificado anteriormente por asistir a conciertos de carácter neo-nazi, de música RAC/OI5, conferencias, reuniones o manifestaciones de carácter ultra caracterizadas por su hostilidad a colectivos minoritarios.

h) Que el incidente haya ocurrido cerca de un lugar de culto, un cementerio o un establecimiento de un grupo considerado minoritario en la vecindad, como por ejemplo una asociación de defensa de derechos humanos u ONG.

i) La relación del sospechoso con grupos «ultras» del fútbol. En este sentido, habrá que cruzar los datos con los que dispongan los coordinadores de seguridad de estadios de fútbol, y que se recogen en el Registro Central de Sanciones en materia de violencia, racismo, xenofobia e intolerancia en el deporte.

j) La relación del sospechoso con grupos o asociaciones caracterizadas por su odio, animadversión u hostilidad contra colectivos de inmigrantes, musulmanes, judíos, homosexuales, etc.

k) La aparente gratuidad de los actos violentos, sin otro motivo manifiesto. Este factor debe ser considerado como un indicio muy significativo de la existencia de un delito de odio.

l) Enemistad histórica entre los miembros del grupo de la víctima y del presunto culpable.

m) Cuando los hechos ocurran con motivo u ocasión de una fecha significativa para la comunidad o colectivo de destino. Ejemplos a citar serían: un viernes, día de la oración para musulmanes, o un sábado para los judíos, el día del orgullo gay, etc.

n) Cuando los hechos ocurran en un día, hora o lugar en el que se conmemora un acontecimiento o constituye un símbolo para el delincuente, como por ejemplo el 20 de abril, día del cumpleaños de Hitler.

En ocasiones, los autores filman con sus teléfonos móviles los hechos y los cuelgan en internet para jactarse de su acción o presumir ante sus amigos. En este sentido, será muy interesante el análisis de su teléfono móvil u ordenadores, previa autorización judicial, para obtener pruebas¹⁷»

LOS DELITOS DE ODIO DEL ARTÍCULO 510 DEL CÓDIGO PENAL

La doctrina había dirigido fuertes críticas hacia la regulación contenida en el artículo 510. Sostenía que este delito no tenía una interpretación pacífica de su alcance ya que unos propugnaban una interpretación restrictiva, equiparando la «provocación» como verbo nuclear del tipo con la provocación del art. 18 del Código Penal, que exige que lo sea para una acción concreta, mientras que otros sostenían que dicha interpretación dejaba en la impunidad graves conductas. Esta interpretación restrictiva, seguida por el Tribunal Supremo en sus últimas sentencias, pugnaba, para algunos, con la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y con las normativas internacionales (Decisión Marco de 2008/913/JAI de 28 de noviembre)

Para otros en cambio esa interpretación era necesaria para limitar el tipo a los supuestos de verdadero peligro abstracto y para respetar el derecho a la libertad de expresión.

Se criticaba la no previsión de la responsabilidad de las personas jurídicas para este tipo de delitos, siendo preciso que se estableciera expresamente por la ley así como la posibilidad de aplicar las consecuencias previstas en el art.129 del Código Penal.

Se propugnaba por algunos una reforma legal para suprimir la expresión provocaren y sustituirla por la de «incitaren» para que quedara claramente subsumido en el tipo «el discurso del odio» que según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 16 de julio de 2007, caso Féret contra Bélgica, abarca «cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo

17 Véase la Instrucción nº 16/2014 de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el «Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio y Conductas que Vulneran las Normas Legales sobre Discriminación» publicado en Boletín Oficial de la Guardia Civil el 7 de enero de 2015

Véase Gómez Martín, Marquina Bertrán, De Rosa Palacio, Tamarit, Aguilar García «Manual pràctic per a la investigació i enjudiciament de delictes d'odi i discriminació», Aguilar García (dir), Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona 2015, pp.307 y ss.

Véase Antón, Quesada, Aguilar, Sánchez «Manual de Apoyo para la formación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la Identificación y Registro de incidentes Racistas o Xenófobos», Zurita, Ramírez, Borrás (Gabinete de Coordinación y Estudios del Ministerio del Interior), Maguran, Iturzaeta, García, Hernández (Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia del Ministerio de Empleo y Seguridad Social) (dir. y coord.) Catalogo de Publicaciones de la Administración General del Estado, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (ed. y dist.), Madrid 2012.

u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiesta a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías y los inmigrantes o personas de origen inmigrante».

Tras la L.O.1/2015 de 30 de marzo, se regulan conjuntamente y de un modo ajustado a las exigencias de la Decisión Marco 2008/913/JAI los antiguos 510 y 607.2 del Código Penal, haciéndolo de manera más amplia.

a) Modificaciones en el tipo básico del apartado a) del art. 510.1

En este apartado se castiga a:«Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad».

Las principales modificaciones son las siguientes:

1) Sustitución del verbo «provocar» por el de fomentar, promover e incitar.

Las razones de esta sustitución residen en la necesidad de dar respuesta penal a los casos previstos en la Decisión Marco, pues la expresión «provocar», al ser interpretada de manera restrictiva por la jurisprudencia, en el sentido de tener que cumplir los requisitos propios de la provocación del artículo 18 del Código Penal, dejaba fuera de su ámbito numerosas conductas que quedaban impunes.

Hay que decir que los términos fomentar y promover son términos equivalentes que significan «impulsar».

2) Exigencia de «publicidad». No basta con que se fomente, promueva o incite directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia, es necesario que se realice públicamente.

Este requisito ya había sido exigido por la jurisprudencia, pero el tipo penal no lo mencionaba, cuestión que había sido objeto de críticas por la doctrina.

3) Introducción de la expresión «directa o indirectamente». La conducta puede consistir en fomentar, promover o incitar «directa o indirectamente». Dicha expresión viene a subrayar que el tipo no exige una provocación directa a un acto concreto de violencia.

4) Modificación del sujeto pasivo: El nuevo artículo hace referencia a «un grupo, una parte del mismo o una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel». Se amplía de este modo el tipo pudiendo ser sujeto pasivo el individuo y no solo los grupos o asociaciones como disponía anteriormente el artículo.

La persona individual que pertenece a un grupo queda de este modo amparada frente a las conductas incitadoras al odio, hostilidad, discriminación o violencia que contra ella se dirija por los motivos que la ley determina.

5) Introducción de la expresión «hostilidad». Junto a las conductas que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, la discriminación o la violencia se añade las que lo hagan a la «hostilidad».

La expresión «hostilidad» que proviene del latín «*hostilitas*», es la cualidad de hostil, indica una actitud provocativa y contraria, generalmente sin motivo alguno, hacia otro ser vivo. El concepto permite hacer referencia a una acción hostil y a la agresión armada, de acuerdo a la Real Academia Española de la Lengua.

Esta expresión es utilizada por el art.20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece: «Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley».

Con la introducción de esta expresión la respuesta penal es más amplia , recogiendo en el tipo todas aquellas conductas que, sin llegar a incitar a la violencia, a la discriminación ni al odio (lo que supone un sentimiento profundo e intenso de repulsa hacia alguien que provoca el deseo de producirle un daño o de que le ocurra alguna desgracia), conllevan una incitación a la provocación sin motivo contra grupos o personas que forman parte de los mismos precisamente por los motivos que determina la ley (racistas, antisemitas etc.).

6) Introducción entre las motivaciones de las conductas contra el sujeto pasivo de su «identidad sexual».

7) Introducción entre las motivaciones de las conductas contra el sujeto pasivo las «razones de género».

8) Sustitución del concepto «minusvalía» por el de «discapacidad» siguiendo lo preceptuado en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, cuya disposición adicional octava establece que las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía» se entenderán realizadas a «personas con discapacidad».

9) Penalidad: la reforma aumenta el límite máximo de la pena privativa de libertad a cuatro años. Antes el delito venía castigado con pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses y ahora con la pena de prisión de uno a cuatro años y la misma multa de seis a doce meses

b) Modificaciones introducidas por la L.O. 1/2015 en el apartado b) del párrafo 1º del artículo 510

Este apartado tiene una redacción completamente diferente al antiguo artículo 510 apartado 2º que hoy ha sido sustituido por el párrafo 2º a) del artículo 510.

Dice así: «Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad»

Hoy el apartado segundo contempla numerosas conductas. Por lo que respecta a la acción puede consistir en: a) la producción b) la elaboración c) posesión con la finalidad de distribuir d) el facilitar a otras personas el acceso e) distribuir f) difundir, g) vender.

En la Decisión Marco 2008/913/JAI se recoge como delito la incitación pública a la violencia o al odio, «mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales» (art.1.1b) pero en este apartado el código castiga conductas no incluidas en la Decisión Marco. Se adelanta la protección a conductas preparatorias de la difusión, como es la «posesión con la finalidad de distribuir» y se castiga con la misma pena que la distribución de los escritos u otra clase de material o soportes idóneos para fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad etc.

La punición de conductas de trascendencia tan diferente con igual pena es criticada por la doctrina (Margarita Roig Torres¹⁸, Alastuey Dobón¹⁹, Guillermo Portilla Contreras²⁰) quienes a su vez cuestionan la propia inclusión de dicha conducta en el tipo penal, pues, la sola posesión de material apto para incitar al odio, hostilidad, violencia o discriminación no supone una acción que pueda causar estos efectos, todavía no se ha llevado a cabo una acción que los pueda incitar directa o indirectamente.

El objeto lo constituyen: escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad discriminación o violencia

Sujeto pasivo lo son los grupos o parte de ellos o personas determinadas por razón de su pertenencia a aquél.

Siempre que concurra la motivación que determina la Ley: motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión, creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

Aunque llame la atención que una vez más se hable de motivos racistas y pertenencia de sus miembros a una raza, pues en estrictos términos coincidirían, en realidad no es así, hoy el término racismo tiene un sentido más amplio. Se trata de una creencia o actitud discriminatoria basada en la consideración de superioridad natural de un grupo frente a otro. El racismo es una ideología de superioridad, mientras que la xenofobia, con la que a menudo se confunde, es un sentimiento de rechazo.

Por tanto estamos ante la descripción de conductas en general, salvo la posesión que todavía no supone tal incitación sino el peligro de que esta pueda llegar a producirse, que incitan al odio, a la violencia, a la hostilidad o a la discriminación a través de escritos u otros soportes idóneos.

La tipificación de estas conductas expresamente en nuestro Código pretende evitar que casos como el conocido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de abril de 2011 (RJ 2011,5727) puedan volver a ser absueltos sobre la base de que no «provocaban» directamente la violencia. En ella se dice: *«aunque la conducta descrita en los hechos probados desarrollada por los cuatro acusados constituya una difusión de ideas favorables al régimen nazi, que en ocasiones incluyen justificaciones del genocidio, y de contenido discriminatorio y excluyente para grupos raciales, étnicos o religiosos; aunque en atención a los valores constitucionales tales ideas o doctrinas, al igual que cualesquiera otras no respetuosas con la dignidad humana, nos merezcan el más claro rechazo, y aunque desde los poderes públicos no deba favorecerse la difusión de tales ideas contrarias a las bases de la convivencia basada en los valores de la Constitución vigente, los hechos probados no alcanzan el nivel de acciones delictivas previsto en el artículo 607.2 del Código Penal, según la interpretación que del mismo ha realizado el Tribunal Constitucional, al no poder identificarse como una provocación o incitación directa a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por los motivos expresados en el artículo 510 del Código Penal; y al no poder afirmarse tampoco, que mediante la difusión de ideas o doctrinas justificadoras el genocidio a través de la edición, distribución o venta genérica de libros o revistas, constituyan una incitación*

18 Roig Torres, «Los delitos de Racismo y Discriminación», *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Jose L. González Cussac (dir), Editorial Tirant lo Blanc, Valencia 2015, p. 1265.

19 Alastuey Dobón «La Reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas» *Diario La ley* núm. 8245, 2014 p. 13.

20 Portilla Contreras, «La represión penal del “discurso del odio”», *Comentario a la reforma penal de 2015*, Gonzalo Quintero Olivares (coord), Editorial: Aranzadi 2015 Cizur Menor (Navarra), p.740.

indirecta a la comisión de actos constitutivos de tal delito, o una conducta creadora de un clima de hostilidad contra los mencionados grupos susceptible, por sus características, de concretarse en actos específicos de violencia contra aquellos. Por todo ello, los motivos se estiman y se dictará segunda sentencia en la que se acordará la absolución de los acusados por los delitos previstos en los artículos 510 y 607.2 del Código Penal».

Para Guillermo Portilla Contreras este precepto «es un emblema de la censura, no sólo criticable por la inseguridad de sus fundamentos, su imprecisa delimitación y la utilización de demasiados conceptos indeterminados que sancionan participaciones no delictivas, sino por representar uno de los mayores ataques a la libertad de expresión que se conocen»²¹.

Creo que es cierto que este tipo penal puede entrañar un peligro, peligro de convertirse en el sistema de censura de las ideas de personas o grupos minoritarios exaltados, ideas censurables éticamente y por tanto no compartidas por la mayoría de la comunidad internacional. Pero también es cierto que la difusión de determinadas ideas va calando en la sociedad, sobretudo en épocas de crisis, de grave insatisfacción del ciudadano. Considero que es muy optimista el creer que una sociedad democrática está en condiciones de apartarlas fácilmente.

De hecho se está constatando que determinadas ideas están extendiéndose peligrosamente en países democráticos, germinan rápidamente entre determinados sectores insatisfechos por la tendencia humana a buscar siempre un culpable de los problemas que se padecen, resultando más fácil buscar las culpas fuera de casa, en el vecino, en el desconocido, en el extranjero. Por otra parte el buscar un enemigo común siempre ha sido un factor de cohesión del grupo, por ello estimo que sí es procedente adelantar la protección en aquellos casos más graves. Reconozco que es muy difícil perfilar la conducta que es merecedora de sanción penal sin entrañar el riesgo de convertirse en un mecanismo de censura de ideas. Creo que si la difusión va acompañada de un análisis crítico del periodista, del director del programa o se difunde conjuntamente con otras ideas distintas, ya se contrarresta de alguna manera la capacidad potencial de incitar a la violencia con igual virulencia.

c) Modificaciones introducidas por la L.O. 1/2015 en el apartado c) del párrafo 1º del artículo 510

La ley 1/2015 deroga el artículo 607.2 del Código Penal y lo traslada a este párrafo del artículo 510. Se castiga a «quienes públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos». Frente a la redacción del antiguo artículo 607.2, cuyo inciso “negaren” fue declarado inconstitucional por la STC 235/2007, de 7 de noviembre, se constatan varias reformas:

Se vuelve a sancionar la negación del genocidio, que como hemos apuntado fue declarada anticonstitucional por la citada sentencia, si bien lo hace con la previsión expre-

²¹ Portilla Contreras, «La represión penal del “discurso del odio”», *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Parte Especial, Gonzalo Quintero Olivares (Coord), Editorial: Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2015, p. 742

sa de que dicha negación promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos. Se da respuesta así a la previsión de la Decisión Marco respecto a la negación de este delito.

Se amplía la conducta a la negación de otros delitos como de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre, claro está, que esa negación promueva ese clima anteriormente apuntado.

Se castiga a su vez la «trivialización» de estos delitos cuando ello promueva el clima de violencia, hostilidad, odio, discriminación. Por «trivialización» se debe entender el “quitar importancia o no dársela” a este tipo de delitos.

Se castiga el enaltecimiento de estos delitos o de sus autores. Aquí el Código Penal, separándose de la Decisión Marco castiga el enaltecimiento y no la apología. El Código Penal define la apología en el art.18.2 como «la exposición ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor» añadiendo que sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito. Ahora bien el enaltecimiento debe hacerse públicamente, al igual que las demás conductas y en unas circunstancias en las que con esas conductas se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación.

d) Nuevas conductas típicas tras la reforma de la Ley Orgánica

Las conductas contenidas en el apartado 2 párrafo a) no se recogen en la Decisión Marco 2008/913/JAI, pero su introducción, señala Margarita Roig Torres «es consecuen- te con el papel cada vez más marcado que el Tribunal Constitucional ha atribuido a la dignidad humana en la regulación de estos delitos²²». Dice este apartado:

«Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses: a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos».

Este apartado ha venido a sustituir al antiguo artículo 510.2 que condenaba a los que «con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía».

En este apartado se protege la dignidad de las personas, derecho fundamental al que alude el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias. Concretamente en relación al

22 Roig Torres, «Los delitos de Racismo y Discriminación», *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Jose L. González Cussac (dir), Editorial Tirant lo Blanc, Valencia 2015, p. 1268.

derecho a la libertad de expresión ha sostenido que el uso de la libertad de expresión que niegue la dignidad humana, se sitúa fuera de la protección constitucional. Se trata de un delito de simple actividad en el que determinadas conductas de carácter discriminatorio lesionan la dignidad de los afectados.

Tiene razón la doctrina cuando afirma que no se entiende que estas conductas lleven aparejada menor pena que las conductas del apartado primero, pues, incluso resulta más grave el lesionar la dignidad de otra u otras personas mediante acciones humillantes, por motivos racistas o discriminatorios, que el fomentar el odio por las mismas razones contra esta o estas personas. Esta conducta merecería al menos la misma pena que las conductas del apartado 1º del artículo 510.

Mas no ocurre lo mismo con la conducta, también incluida en el tipo de producir, elaborar, poseer con la finalidad de distribuir, facilitar a terceras personas el acceso, distribuir, difundir o vender escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad; en este caso no se comprende que se castigue con igual pena que la conducta de humillar, pues en esta conducta ya se ha lesionado el bien jurídico, mientras que en las conductas anteriores sólo se ha puesto en peligro el bien jurídico (salvo la de posesión, en la que estaríamos ante una conducta de peligro de crear peligro para el bien jurídico).

En este segundo grupo de conductas nos enfrentamos al mismo riesgo de afectar la libertad de expresión, por ello habrá que estar al caso concreto y seguir los parámetros que ha ido dando el Tribunal Constitucional en sus diferentes sentencias para ver en qué casos se puede considerar amparadas las publicaciones o escritos en el derecho a la libertad de expresión y en cuales no²³.

Por otra parte en el apartado B) del párrafo segundo se castiga a «quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución».

En este apartado se castiga el enaltecimiento o justificación de cualquier delito cometido contra el grupo o sus miembros por las causas que en él se especifican o bien enaltecieron a sus autores. Aquí se exige que el enaltecimiento se produzca por cualquier medio de expresión pública o difusión a diferencia del enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (art.510.1 c) donde se exige publicidad, pero no la utilización de vías de difusión.

23 La STC 214/91, de 11 de noviembre (Caso Friedman) en su fundamento jurídico octavo fija la línea divisoria entre las informaciones, opiniones o escritos que suponen un ejercicio legítimo de la libertad de expresión y aquellos que quedan fuera de su amparo al ser incompatibles con el respeto a la dignidad humana. También la STC 176/95, de 11 de diciembre en la que resolvió el recurso de amparo presentado contra la sentencia de la AP de Barcelona que condenó por delito de injurias a una confesión religiosa al autor de la publicación del tebeo "Hitler=SS". y la sentencia STC 235/2007 que declaró la inconstitucionalidad de la inclusión de la expresión «nieguen o» del primer inciso art. 607.2 del CP anterior a la reforma y la constitucionalidad de la expresión «justifiquen» del mismo artículo contienen las bases para poder precisar qué conductas no quedan amparadas en la libertad de expresión por atender a la dignidad de las personas o de los grupos en los que se integran.

Para mayor profundización sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueden consultar: María José Osuna Cerezo, «Treinta Cuestiones sobre los delitos de Odio» del curso «Las Reformas Penales: Por Qué y Para Qué», Hernández García (dir.), octubre 2015, <http://www.poderjudicial.es/search/publicaciones/>, p. 53-82.

Por contra en el tipo del art.510 1.c) se exige que, con el enaltecimiento de los delitos contra la comunidad internacional, se promueva, favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio, o discriminación contra los mismos. Mientras que el favorecimiento de dicho clima para los delitos tipificados en el apartado 2º del artículo 510, constituye un tipo agravado recogido en el inciso segundo del at.510.2.b) que dice así: «Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando se este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos».

De este apartado se desprende que todas las conductas tipificadas en ambos apartados del artículo 510 1 y 2 se castigan con igual pena cuando con dichas conductas se promueva el clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación. Por tanto cuando exista un riesgo claro de que estos actos violentos lleguen a producirse.

Se prevé como tipo agravado la misma conducta cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos, castigándose con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses.

De la previsión, como modalidad agravada, de la promoción de ese clima de violencia se desprende claramente que se ha creado un tipo autónomo, que no exige para su consumación la promoción de ese clima. Ello hace que algunos autores sostengan que se trata de un artículo que pugna con la Constitución y con la jurisprudencia constitucional, pues basta con enaltecer al autor o justificar el delito sin demostrar que con estas conductas existe el riesgo ex ante de crear un clima de hostilidad, odio, violencia o discriminación.

Otros, en cambio, consideran que por el hecho de enaltecer el delito cometido contra esos grupos o personas y por las razones que en él se especifican ya existe un riesgo indirecto de provocar ese clima de violencia, odio, hostilidad o discriminación. Se trataría de una provocación indirecta de ese clima, mientras que cuando se acreditara una promoción directa de dicho clima, precisamente por la gravedad de la conducta, estaríamos ante un supuesto subsumible en el tipo agravado.

e) Tipos cualificados introducidos la ley 1/2015

Se han introducido dos tipos cualificados: Uno el previsto en el apartado 3º del artículo 510 «utilización de un medio de comunicación social, Internet o uso de tecnologías que hagan que se haya hecho accesible aun elevado número de personas» y otro en el apartado 4º «cuando los hechos, a la vista de las circunstancias sean idóneos para alterar la paz pública o para crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo». En el primer caso la pena se impondrá en la mitad superior, mientras que en el segundo se impondrá en la mitad superior, pudiendo llegarse a elevar hasta la superior en grado.

En el párrafo 3º quedarían incardinados los casos de «Ciberodio». Como sostiene Moretón Toquero «en un sentido estricto el “ciberodio” sólo englobaría aquellas conductas que tienen lugar en la Red que se encuentran motivadas por el odio o que presentan un contenido de este tipo que, además por su lesividad (efectiva o potencial) ya se encuentran tipificadas en el Código Penal, conformando así una subcategoría de los denominados “delitos de odio”»²⁴.

24 Moretón Toquero, «El “Ciberodio”, la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 27, mayo de 2012, p.5

Mientras el tipo agravado del apartado tercero no plantea problemas de delimitación, no ocurre lo mismo con el previsto en el apartado cuarto, pues viene a coincidir con la exigencia típica del tipo básico del apartado 1 y del agravado del apartado 2º de «promover un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación». Pues las conductas que puedan crear un clima de violencia también serán idóneas para generar temor en dichas personas o grupos.

Lo que es obvio es que se está tratando de dar respuesta con pena superior a los casos más graves, por lo que la interpretación de los tipos agravados deberá ser restrictiva y, aunque no lo exige expresamente el tipo, parece que deberíamos estar prácticamente ante conductas que, por su gravedad y circunstancias, fueran capaces «ex ante» de generar un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo.

f) Inhabilitación especial específica en el apartado 5º del artículo 510

Dice así este párrafo: «En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente».

Para Portilla Contreras esta disposición vulnera entre otros derechos, la libertad de cátedra. Dice que se trata de «una pena inocuizadora que aniquila la libertad de expresión e introduce la censura disfrazada de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficios educativos»²⁵.

Para Roig Torres en cambio con esta pena se trata de «evitar que los condenados puedan utilizar su relación con los menores en los contextos previstos, para inculcarles ideas racistas o discriminatorias»²⁶.

Para mí, no cabe duda que una persona condenada por este grave delito, no es la persona adecuada para tener funciones educadoras o de entretenimiento de menores, con el grave riesgo de que aproveche su falta de madurez para imbuirles ideas racistas, xenófobas, etc.

El artículo 510.6 dispone: «El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos».

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo. Es una previsión específica de destrucción de los efectos e instrumentos del delito.

Para Portilla Contreras este apartado «representa el retorno a las hogueras, a la caza de brujas, a Fahrenheit 451, e irradia el hedor de los Estados autoritarios. Permitir al Juez o Tribunal la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documen-

²⁵ Portilla Contreras, «La represión penal del “discurso del odio”», *Comentario a la reforma penal de 2015*- Parte Especial, Gonzalo Quintero Olivares (coord.), Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2015, p.751

²⁶ Roig Torres, «Los delitos de Racismo y Discriminación» *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Jose L. González Cussac (dtor.), Editorial Tirant lo Blanc, Valencia 2015, p.1273.

tos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito, el bloqueo del acceso o la interrupción de Internet supone el mayor ataque a la libertad de expresión desde el franquismo»²⁷.

No comparto este punto de vista. Si estamos ante una conducta por ejemplo de grave humillación hacia personas o grupos de la que se ha hecho publicidad a través de la red, que ha tenido entidad suficiente para generar un clima de odio no sólo deberá sancionarse penalmente al autor, sino que lo primero que debemos conseguir es que el daño no siga produciéndose, cerrando el portal y destruyendo los archivos.

g) Responsabilidad de las personas jurídicas

El artículo 510 bis dispone: «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

En este caso será igualmente aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo 510 del Código Penal»

El artículo contiene un error pues habla de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores y es obvio que se debe referir a la conducta del artículo anterior, pues el art.509 tipifica la usurpación de funciones.

Prevé una pena de multa y también se le pueden imponer las penas previstas en los apartados b) a g) del Art. 33,7.

Estos tipos penales van a requerir un enorme esfuerzo de concreción por parte de los Tribunales y en esa tarea de concreción deberán tener presente la enorme importancia de los derechos fundamentales afectados y la necesidad de proteger por encima de todo la dignidad de las personas.

²⁷ Portilla Contreras, «La represión penal del “discurso del odio” », *Comentario a la reforma penal de 2015*, Parte Especial, Gonzalo Quintero Olivares (coord.), Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2015, p.751.

TEORÍA/PRÁCTICA DE LA JURISDICCIÓN

INVESTIGACIONES INTERNAS DE LA PERSONA JURÍDICA: DERECHOS FUNDAMENTALES Y VALOR PROBATORIO

Jordi NIEVA FENOLL

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, al hilo sobre todo —aunque no exclusivamente— de la introducción en las legislaciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se ha abierto un estudio acerca de los programas de *compliance*, es decir, de control y prevención de delitos dentro de las empresas, precisamente para eludir tal responsabilidad, o al menos conseguir aminorarla.

Sin pretender abordar en este trabajo toda esta temática¹, me centraré en la cuestión de las investigaciones internas, es decir, en los esfuerzos de indagación que hace la propia empresa entre sus estructuras y empleados para averiguar la posible comisión de delitos². Dejaré al margen, por tener entidad propia, la cuestión de los delatores³.

Antes, sin embargo, un pequeño apunte de reflexión previa sobre la razón por la que se ha introducido en los ordenamientos la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁴. La cuestión es que se ha roto en varios países el histórico *societas delinquere*

1 Cuya literatura es muy abundante, en España y en el extranjero. Por citar solamente alguno de los últimos títulos sobre la materia: Gimeno Beviá, *El proceso penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor 2014, p. 229. Villegas García, “Hacia un modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas. La STS (Pleno de la Sala de lo Penal) 154/2016, de 29 de febrero”, *Diario La Ley*, n. 8721, 14-3-2016. Gómez-Jara Díez, “El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora”, *Diario La Ley*, n. 8724, 17-3-2016. Del Rosal Blasco, “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS núms. 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, *Diario La Ley*, n. 8732, 1-4-2016. Gómez Tomillo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín”, *Diario La Ley*, n. 8747, 22-4-2016. Osuna Martínez-Bové, “Estatuto procesal de la persona jurídica investigada”, *Diario La Ley*, n. 8754, 4-5-2016.

2 Sobre sus variedades, vid. Montiel, Juan Pablo, “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XL, 2013, 1, pp. 260 y ss.

3 Ragués Vallés, *Whistleblowing. Una aproximación desde el derecho penal*, Barcelona 2013. García Moreno, Beatriz, “Whistleblowing como forma de prevención de la corrupción en la administración pública”, en: AAVV (dir. Nieto y Maroto), *Public compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Cuenca 2014, pp. 43 y ss.

4 Frecuente en esta materia. También lo hacía la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, pp. 2-3. Vid. asimismo Gutiérrez Pérez, “La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre personas jurídicas o el retorno a los ecos del pasado”, *Diario La Ley*, n. 8707, 22-2-2016.

*non potest*⁵ que había introducido Paul Johann Anselm Von Feuerbach en el art. 49 del Código penal de Baviera de 1813, y que había remachado Savigny⁶ afirmando que cualquier delito que se pudiera atribuir a la persona jurídica, en realidad era imputable a sus integrantes. Al parecer, se trató de acabar con las imputaciones grupales de las épocas medievales de la *inquisitio generalis*⁷. Poco podían imaginar aquellos juristas la revolución que sobrevendría en esta materia a mediados-finales del siglo XX⁸, y en Europa ya en el siglo XXI principalmente.

Pero poco sabemos de las razones de esta revolución, pese a tener todos los datos a nuestra disposición, lo que no deja de resultar curioso. Unos piensan que de lo que se trató en EEUU —origen de la revolución citada— es de marcar negativamente el nombre de algunas empresas, a fin de evitar que tras la comisión de delitos por algunos de sus miembros, vinieran otras personas físicas que aprovechando la cobertura del nombre comercial, reprodujeran la misma acción delictiva⁹. Otros creen que se intentó controlar a través de las Fiscalías a algunas empresas importantes que resultaban claves para la economía del país, ejerciendo de este modo un control público sobre la actividad empresarial ajeno al liberalismo¹⁰.

Otros autores piensan que se trata simplemente de facilitar las investigaciones de las fiscalías, haciendo que las empresas se involucren en el proceso de búsqueda de indicios del delito, de muy difícil acceso para un organismo público¹¹, para lo que resultaría un especial acicate la responsabilidad corporativa —*Corporate Social Responsibility*—, siendo insuficiente la responsabilidad individual tradicional, aunque de rebote ello supondría que las empresas quedarían sometidas a autorregulación y por tanto exentas de control externo, lo que seguiría una línea claramente neoliberal¹². Otros han escrito que se intentó simplemente hacer más limpia la actividad empresarial, previniendo la comisión de delitos, entre ellos los que atacan al medio ambiente o a los consumidores, haciendo que la actividad empresarial fuera más ética en su conjunto¹³.

Algunos opusieron a esto último que este tipo de responsabilidad, paradójicamente, existe para favorecer que las empresas puedan realizar simplemente un “lavado de cara” falsario ante sus clientes, tratando en el fondo de eludir el cumplimiento de las leyes que les obligan a observar comportamientos éticos. Desde una perspectiva más moderada, pero en un sentido parecido, lo que pretenderían las empresas con los programas de *compliance* es reducir su posible responsabilidad de todo tipo, evidenciando que adoptaron en su momento —eficaces— medidas de prevención. Y, por último, hay mentideros en los que se afirma claramente que lo único que se pretendió con la introducción

5 Vid. Ruggiero, Rosa Anna, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Italia”, *Anuario Mexicano de Derecho Penal Económico*, 2015, p. 463.

6 *System des heutigen römischen Rechts*, II, pp. 310 y ss.

7 Sobre estas peculiares inquisiciones, vid. Nieva Fenoll, “El “último” proceso inquisitivo español (el proceso penal de la Novísima Recopilación)”, en *Jurisdicción y proceso*, Madrid 2009, pp. 163 y ss.

8 Vid. Bowen, Howard Rothmann, *Social responsibilities of the businessman*, New York 1953.

9 Vid. Onfray Vivanco, Arturo Felipe, “Reflexiones en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista de Derecho* (Chile), 2, n° 1. agosto 2001, pp. 153 y ss.

10 Vid. sobre el tema Ruggiero, Rosa Anna, “Non prosecution agreements e criminalità d’impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 12-10-2015, pp. 2 y ss. http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1444213846RUGGIERO_2015a.pdf

11 Vid. En toda esta materia el excelente trabajo de Neira Pena, Ana María, “Sherlock Holmes en el centro de trabajo: las investigaciones internas empresariales”, *Derecho y Proceso Penal*, 37, enero-marzo 2015, p. 54. También Moosmayer, “Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales”, en Arroyo Zapatero / Nieto Martín, *El Derecho penal económico en la era compliance*, Valencia 2011, pp. 137 y ss.

12 Vid. Neira Pena, “Sherlock Holmes en el centro de trabajo: las investigaciones internas empresariales”, cit. p. 55.

13 A ello apuntó en 2001 el Libro verde para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas (COM/2001/0366 final). Vid. también Murphy, Diana E., “The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics”, *Iowa Law Review*, 87 (2002), pp. 697 y ss.

de la responsabilidad penal corporativa fue dotar de un fuerte incremento de trabajo e ingresos económicos a los despachos de abogados especializados en Derecho mercantil y Derecho penal, a través de las auditorías y los programas de *compliance*.

Es posible que todo obedezca a una mezcla de varios factores sobrevenidos, unos bienintencionados y otros no tanto, y de ahí la borrosa imagen que se dibuja tras el conocimiento de lo explicado en el párrafo anterior. Sea como fuere, al margen del debate de si para el mantenimiento de la ética societaria es necesaria realmente una responsabilidad penal de este tipo, complejísima de articular desde el punto de vista teórico e incluso práctico¹⁴, lo cierto es que la misma existe y obliga a las empresas a una vigilancia que aboca a una investigación interna que puede llegar a ser constante, con ocasión o en prevención de un proceso penal. Veamos, pues, sus características y límites.

2. INSTRUMENTOS MÁS COMUNES DE INVESTIGACIÓN INTERNA

Las herramientas que suelen utilizar las empresas en este ámbito son fundamentalmente tres: las auditorías contables, el interrogatorio de los empleados y el seguimiento/observación de los mismos y sus comunicaciones.

Las *auditorías contables* son las más difundidas en la práctica empresarial. Cada cierto tiempo las empresas más importantes realizan alguna, aunque en no pocas ocasiones han sido llevadas a cabo, no para descubrir delitos, sino para encubrirlos y engañar a los accionistas de la empresa¹⁵. Es célebre el escándalo Enron (2001), que contó con la cooperación necesaria de la entonces prestigiosa auditora Arthur Andersen¹⁶. También tuvo repercusión el caso Bankia (2012), que había venido precedido de auditorías a las que algunos de los imputados en ese caso atribuyeron responsabilidad, que está por dilucidar todavía. En 2015 estalló el escándalo FIFA, organismo que había contado con prestigiosas auditorías que habrían pasado por alto la corrupción de los dirigentes del organismo. El tema también está pendiente de ser esclarecido¹⁷.

En todo caso, de lo anterior queda claro que aunque las auditorías sean encargadas a reputadas empresas en la materia, lo cierto es que de forma completamente objetiva no puede decirse jamás que alguien pagado directamente por la empresa auditada sea un tercero imparcial, que es justamente lo que necesitamos en materia judicial. Es posible que estas auditorías ofrezcan confianza a los socios o accionistas de las empresas, pero desde el punto de vista jurídico no se la pueden ofrecer a un juez. Dicho de otro modo, los datos recabados por las mismas, y sobre todo sus conclusiones, no pueden ser tomadas en cuenta como aquellas que obtiene una Fiscalía o un Juzgado de instrucción, por la sencilla razón de que en materia judicial se exige imparcialidad en esas pesquisas. Y la imparcialidad, como recuerda la doctrina y la jurisprudencia supone una falta de implicación, real y aparente, tanto en el objeto de lo investigado como respecto de los sujetos involucrados¹⁸. Por más esfuerzos de transparencia, calidad y buen hacer que

14 A título de ejemplo, basta leer la STS 221/2016, 16-3-2016, FD 5.

15 Vid. Neira Pena, "Sherlock Holmes en el centro de trabajo: las investigaciones internas empresariales", cit. p. 67.

16 Sobre el tema, Ruggiero, "Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico", cit. pp. 6 y ss.

17 Vid. Salado, Daniel, "La corrupción pone en duda la figura de las auditoras", en La Marea: <http://www.lamarea.com/2015/04/11/la-corrupcion-pone-en-duda-la-figura-de-las-auditoras/> (11-4-2015). Vid. también en Expansión: "Las auditoras dependerán menos de sus grandes clientes para evitar más escándalos como Pescanova o Gowex": <http://www.lamarea.com/2015/04/11/la-corrupcion-pone-en-duda-la-figura-de-las-auditoras/> (3-8-2014).

18 Ruiz Vadillo, Enrique, *La independencia y la imparcialidad de los jueces en la Constitución Española*, La Ley, 1996, Tomo VI, p. 1641. Vid. también las interesantes reflexiones sobre el concepto de Andrés Ibáñez, Perfecto, "De la independencia, a la imparcialidad", en *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Madrid 2015, pp. 211 y ss.

realice la entidad investigadora, ni lo uno ni lo otro concurre en una firma auditora, a no ser que, al menos, no sea contratada por la propia empresa auditada.

El *interrogatorio de empleados* es un instrumento ciertamente peculiar, pero necesario¹⁹. Si un jefe quiere saber de su empresa, lo que tiene que hacer es hablar con sus empleados. Podemos llamarlo interrogatorio o conversación cordial, pero esa toma de contacto es inevitable y, por demás, imprescindible.

El problema con estos interrogatorios, como veremos después, son sus garantías, y nuevamente la imparcialidad del interrogador. Es absurdo pensar que dicho interrogador, si está relacionado con la empresa, va a prestar imparcialmente datos de ese interrogatorio al proceso penal. Pero más allá de eso existe el problema, que se analizará después, de las amenazas laborales²⁰ que se ciernen sobre el empleado interrogado, y que pueden hacer, naturalmente, que sus respuestas no sean espontáneas. Por otra parte, no existe el más mínimo control sobre la forma del interrogatorio —en términos de psicología del testimonio²¹— ni sobre sus límites. En estas condiciones, la precariedad de la información obtenida es patente, y su utilidad para el proceso poco menos que despreciable.

Pero llegamos al tercer instrumento: los *seguimientos a los empleados*. Los mismos pueden consistir en observaciones personales de sus movimientos dentro de la empresa. Para ello pueden disponerse cámaras o micrófonos en las estancias de la misma, o bien puede intentarse la intervención de sus comunicaciones a través de correo —de cualquier tipo, mientras sea corporativo—, teléfono, etc.

En este punto se abren dos opciones. La de aquellos que consideran que todos esos seguimientos son legítimos, toda vez que lo único que hacen es reproducir a mayor escala lo que cualquier empresario podría hacer sin demasiada dificultad en una empresa pequeña de dos o tres trabajadores, y aquellos otros que opinan que someter a un trabajador a esos seguimientos supone instalar una especie de Gran Hermano en la empresa, al estilo del descrito en la novela 1984, anulando el derecho fundamental a la intimidad y su derivado secreto de las comunicaciones. En todo caso, afectándose realmente a la intimidad, los seguimientos son ilícitos a efectos judiciales si no han venido precedidos de una orden judicial que justifique la afectación del derecho. Aunque más allá de ello, el debate es todavía más profundo acerca de los límites de la privacidad, que dependen en muy buena medida de qué considera la sociedad en cada momento que supone sentirse libre, con todos los peligros que supone contar con un asidero tan sumamente variable de ese derecho fundamental.

Como se ve, los tres mecanismos encierran riesgos evidentes, sin entrar todavía en consideraciones tan profundas como las que se abordarán en los próximos epígrafes. Ello podría poner muy en entredicho la eficiencia y eficacia de las investigaciones internas, al margen de su probable opacidad. Sin embargo, prescindamos de momento de todos esos inconvenientes y procedamos como si no existieran, dando provisionalmente por supuesto que las investigaciones internas empresariales son legítimas.

19 Sobre este tema, Neira Pena, “Sherlock Holmes en el centro de trabajo: las investigaciones internas empresariales”, cit. p. 64,

20 Neira Pena, “Sherlock Holmes en el centro de trabajo: las investigaciones internas empresariales”, cit. p. 69.

21 Ibabe Erosatarbe, Izaskun, *Psicología del testimonio*, Donostia 2000, p. 47. Manzanero, Antonio L., *Psicología del testimonio*, Madrid 2008, p. 141.

3. “DUDA RAZONABLE” PARA INICIAR LA INVESTIGACIÓN

Algunos autores, intentando llevar a cabo una especie de “judicialización” de las investigaciones internas, exigen que para que éstas puedan comenzar, igual que ocurre con la instrucción, sea necesaria la existencia de una sospecha que no resulte manifiestamente falsa (art. 269 LECrim), lo que hace preciso que al menos exista algún indicio medianamente racional de responsabilidad²².

La utilización del concepto de “duda razonable” para referirse a esa sospecha inicial es completamente inadecuado. La “duda razonable” es, en el mejor de los casos, un estándar de prueba²³ que señala que cuando dicha duda es excluida —más allá de toda duda razonable— es posible condenar, descartando así la presunción de inocencia. Pero no es algo que legitime empezar una investigación. El concepto está históricamente²⁴ basado en la *certeza moral* del Derecho canónico²⁵, y se relaciona invariablemente con el momento del juicio²⁶, y no con el inicio de las investigaciones, para las que basta que concurra un indicio, obviamente racional, porque si no, no sería epistémicamente un indicio, sino un simple rumor o conjetura imaginativa.

Sin embargo, no parece que sea ni siquiera necesario entrar en la anterior discusión. Aunque parte de la doctrina se esfuerza en distinguir entre el mecanismo reactivo ante una sospecha, por una parte, y los instrumentos para la observancia de una ética empresarial por otra, lo cierto es que ambos mundos confluyen, sobre todo si se tiene presente uno de los mecanismos más utilizados para obtener esos indicios, más allá de las medidas de investigación mencionadas en el anterior epígrafe: las denuncias anónimas o confidenciales —existen de ambos tipos— de los trabajadores de la empresa. Ese canal de denuncias existe porque la empresa quiere mantener una ética en su funcionamiento interno, y a la vez pueden propiciar las investigaciones internas²⁷.

Lo anterior ayuda a entender cómo se puede poner en marcha una investigación interna. En realidad, si disfruta de un programa completo de *compliance*, lo lógico es que se ponga en marcha con la propia puesta en funcionamiento de la empresa. Es decir, que la vigilancia de la limpieza de las conductas sea algo cotidiano y no excepcional. Sin duda, de descubrirse indicios de delito, la investigación se focalizará con más intensidad en la comprobación de dichos indicios y en el descubrimiento de otros hechos relacionados con el mismo delito. Pero la investigación será más o menos la misma. Es algo parecido a lo que ocurre con la policía²⁸. Normalmente supervisa el cumplimiento del ordenamiento jurídico por parte de los ciudadanos, pero aumenta su actividad y esfuerzos cuando descubre concretamente un hecho ilícito.

En consecuencia, la labor investigadora de la empresa es mucho más parecida a la labor policial que a la judicial, por lo que los intentos de equiparar el inicio de la instrucción

22 Vid. al respecto Gimeno Beviá, *El proceso penal de las personas jurídicas*, cit. p. 229. Neira Pena, “Sherlock Holmes en el centro de trabajo: las investigaciones internas empresariales”, cit. p. 63.

23 Cfr. González Lagier, Daniel, “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”, en: AAVV, (García Amado coord.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho*, Granada 2014, pp. 109 y ss. Ferrer Beltrán, Jordi, “Los estándares de prueba en el proceso penal español”, <http://www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf>.

24 Whitman, James Q., *The origins of reasonable doubt*, New Haven y London 2005, pp. 187 y ss.

25 Llobet Tuset, Joaquín, “La certeza morale nel processo canonico matrimoniale”, *Il Diritto Ecclesiástico*, 109/1, 1998, p. 771. Aliste Santos, “Relevancia del concepto canónico de “certeza moral”, cit. pp. 667-668, y del mismo autor, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit. pp. 309 y ss.

26 Nieva Fenoll, *La duda en el proceso penal*, Madrid 2013, pp. 160 y ss.

27 Nuevamente, Ragués Vallés, *Whistleblowing. Una aproximación desde el derecho penal*, Barcelona 2013. García Moreno, Beatriz, “Whistleblowing como forma de prevención de la corrupción en la administración pública”, cit. pp. 43 y ss.

28 Así lo apunta Neira Pena, “Sherlock Holmes en el centro de trabajo: las investigaciones internas empresariales”, cit. pp. 51, 56.

del proceso penal con el inicio de una investigación interna no son demasiado acertados en el fondo. Reténgase bien esta conclusión, puesto que no solamente va a facilitar la comprensión de la materia que será abordada en los próximos epígrafes, sino que se verá debidamente confirmada por el contenido de los mismos.

Por último, la denuncia es simplemente eso: una denuncia. No tiene valor probatorio alguno si no es posible identificar a su autor, y puede servir simplemente como pista para poder construir la sospecha que inicia las actuaciones investigadoras internas. Pero no es nada más ni debiera ser nada más. Igual que con las denuncias anónimas en la realidad no empresarial, se prestan a ser un campo abierto para desprestigiar a otras personas, que además en el ámbito empresarial es más probable que se produzcan de manera coordinada. Por ello, la labor de comprobación interna de las mismas es esencial, cuidando siempre de que no trasciendan. Ahora bien, raramente podrán ser llevadas a un proceso bajo ningún concepto, a riesgo de que se conviertan en esos instrumentos difamatorios que creen una verdad artificiosa sólo con esos testimonios anónimos. Para proceder a una sanción, obviamente, tiene que existir algo más que dimes y diretes.

4. AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Justo en este punto radica el grueso de las consideraciones doctrinales sobre la materia²⁹, así como las mayores dudas jurisprudenciales. Se ha despachado la cuestión demasiadas veces con postulados generales, tales como que “las personas jurídicas no tienen derecho al silencio”³⁰, o bien, de modo ciertamente sorprendente, que una cosa sería el valor del interrogatorio empresarial del trabajador para el proceso laboral y otra para el proceso penal... como si la observancia de derechos fundamentales hubiera de depender del ámbito del ordenamiento en el que nos situemos. También se ha hablado del derecho a la intimidad en la empresa, de la supuesta inexistencia del mismo en ese ámbito y hasta de la posibilidad de intervención de las comunicaciones de los trabajadores, siempre y cuando se utilicen para la comunicación instrumentos de la propia empresa y previo aviso al trabajador de que así va a ser. Por último, se ha referido la doctrina a los derechos de asistencia letrada y a la presunción de inocencia.

Vaya por delante que todos esos derechos no tienen una aplicación exclusiva a un reo en el proceso penal. Desde luego no lo tiene el derecho a la intimidad, como es evidente. Pero ni siquiera el derecho a guardar silencio, aunque sea un fruto evidente de pasadas épocas de torturas³¹ —que tratan de evitarse—, tiene un acomodo exclusivo en el ámbito penal, toda vez que, permítaseme el parangón, no es otra cosa que derecho al silencio lo que tiene un sujeto cuando se le pregunta por aspectos de su vida privada. Ni siquiera la presunción de inocencia despliega sus efectos solamente en el proceso penal. Es cierto que siempre tiene que ver con un delito, lógicamente, pero para que sea eficaz la protección del derecho fundamental tiene que alcanzar a fases previas y posteriores al proceso, es decir, cuando todavía no se ha iniciado y lo único que existe es el atávico prejuicio social de culpabilidad, así como cuando ya se ha concluido con absolución y, pese a ello, persiste tenazmente el citado prejuicio³².

29 Por todos, Gimeno Beviá, *El proceso penal de las personas jurídicas*, cit. pp. 236 y ss.

30 O lo tienen de forma muy limitada. Vid. Ceresa Gastaldo, *Procedura penale delle società*, Torino 2015, p. 152.

31 Lo explica Merkel, Laura, *Apuntes clave sobre el origen, sentido y futuro del derecho al silencio*, Justicia 2016, en prensa, citando los precedentes de Derecho inglés del siglo XVII. Vid. Wigmore, “The privilege against self incrimination: its history”, *Harv. L. Rev.*, 15, 1901-1902. p. 601, Wigmore, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. VIII, p. 284. Langbeing, “The historical Origins of the Privilege Against Self-incrimination at Common Law”, *Michigan L. Rev.*, 1994, p. 1047.

32 Lo explico más extensamente en Nieva Fenoll, *La duda*, cit. pp. 89 y ss.

En consecuencia estos derechos, todos ellos, también deben tener vigencia en el ámbito de la empresa, sin que se pueda configurar la misma como una especie de mundo aparte del real³³. Veamos en qué medida, tratando la cuestión derecho por derecho.

a) Derecho al silencio y a aportar pruebas contra sí mismo

Comencemos con el más problemático de todos, porque tiene dos frentes: ¿tiene la empresa derecho al silencio? ¿Tiene el trabajador derecho al silencio cuando es interrogado por la empresa?³⁴

En cuanto a la primera vertiente, teniendo en cuenta que el derecho al silencio tiene como origen —ya se indicó— la evitación de torturas que presionen al reo para que preste una confesión, parece que dicho derecho no puede asistir a una persona jurídica o, dicho de otro modo, a quien declare por ella como su representante.

Sin embargo, no hay que orillar un punto que es esencial. No puede olvidarse el indicado origen del derecho al silencio, ciertamente, pero tampoco puede dejarse de lado que los derechos evolucionan, como cualquier otra institución jurídica, y lo peor que le puede pasar a un derecho, precisamente, es separarse de la realidad de su tiempo, porque acabará siendo vulnerado.

Siguiendo esta línea de pensamiento, es preciso hacer notar también que el derecho al silencio es un mecanismo más que favorece la defensa del reo. No se trata del único, ni mucho menos, puesto que al reo se le concede cierta ventaja —sobre todo con la presunción de inocencia— teniendo en cuenta su débil posición en el proceso penal frente al poder del Estado creada por el prejuicio social de culpabilidad³⁵, que también está vigente cuando se trata de una empresa, especialmente si ha existido una campaña periodística que ha ido poniendo en el disparadero a dicha empresa.

Ante esa eventualidad, quien representa a la empresa es posible que decida hacer uso del silencio, lo cual tiene todo el sentido. Considerada la situación en un consejo de administración, teniendo en cuenta el desconocimiento que puede tener dicho consejo de las actuaciones delictivas de algunas personas físicas de la empresa, la más prudente es la decisión de guardar silencio como tal empresa, precisamente, esperando que otras pruebas puedan servir mejor a su defensa.

No hay nada que sea ilegítimo en lo anterior. Probablemente lo que puede conferir esa imagen de ilegitimidad es la comparación con las cargas —o incluso obligaciones— procesales en el derecho estadounidense. Por ejemplo, en dicho derecho, el reo no puede mentir, cosa que puede hacer perfectamente en Derecho continental sin ninguna consecuencia, como parte de su derecho a la defensa. Este hecho provoca una perplejidad mutua a los juristas de ambos mundos, pero que se resuelve en una manera diferente de ver las cosas. En EEUU tiene mucha importancia el juramento³⁶, por la consecuencia del *perjury*³⁷ y el *contempt of court* que tiene en caso de quebrantarlo. Y sin embargo en Derecho europeo, en general, el reo no está obligado en absoluto a prestar juramento, lo cual quiere decir que una falsa declaración está desprovista de toda sanción jurídica.

33 Lo indica con meridiana claridad Nieto Martín, “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación la lucha por la información en el proceso penal”, *Diario La Ley*, n. 8120, 2013: “No es posible asentar un Código basado en valores éticos si en las investigaciones internas se afectan garantías básicas del Estado de derecho como los derechos de defensa o el derecho a no auto-incriminarse.”

34 Sobre el tema, Montiel, “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, cit. pp. 270 y ss.

35 Nieva Fenoll, *La duda*, cit. p. 76.

36 Spehl, Stephan / Gruetzner, Thomas, *Corporate Internal Investigations —Overview of 13 jurisdictions—*, Baden-Baden 2013, p. 70.

37 18 U.S. Code § 1621 - Perjury generally. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1621>

Es por ello por lo que en EEUU se espera colaboración de la empresa³⁸, porque se le exige que hable, para lo que no sólo no es contraproducente imputarla, sino que sirve de acicate para que lo haga eficazmente, dejando al margen otros estímulos. Si entre nosotros tiene plena vigencia el *nemo tenetur se ipse accusare*, es precisamente para no obligar a quien se presume inocente a que destruya obligatoriamente su defensa. Ello, en EEUU, equivale poco menos que a mentir, por lo que esa colaboración sí se exige, aunque con una eficacia más dudosa que la que puede pensarse en un principio.

Por ello, el derecho al silencio y a no aportar pruebas contra uno mismo no son sino complementos que favorecen la presunción de inocencia y que, por cierto, previenen a las autoridades de toda suerte de coacción para conseguir información, lo que debería hacer reflexionar muchísimo en torno a las llamadas —de modo absolutamente vejatorio³⁹— “zanahorias procesales”, que en no pocas ocasiones encubren directamente coacciones de la Fiscalía, como sucedió, en el fondo, en el caso Watergate, aunque tales coacciones se disfracen como “acuerdos”⁴⁰.

Con esta lectura, además, entiendo que se resuelve el problema principal de la responsabilidad penal corporativa, que lanza a la empresa al banquillo de los acusados con unas más que precarias oportunidades de defensa. También se evitan, de ese modo, inteligentes pero complejos subterfugios como el de aprovechar la dispensa de declaración del testigo-empleado de la empresa⁴¹, si la declaración le perjudica personalmente, para hacer efectivo el derecho al silencio, vía que, no obstante, puede y debe ser utilizada en tanto en cuanto se siga poniendo ilegítimamente en cuestión el derecho al silencio de cualquier imputado, en este caso de la empresa.

Ahora bien, todo lo anterior depende de que la persona jurídica goce efectivamente del derecho a la presunción de inocencia. ¿Realmente goza de tal derecho?

b) Derecho a la presunción de inocencia

La presunción de inocencia existe al menos desde el siglo III⁴² para prevenir el prejuicio social de culpabilidad en los jueces con respecto a cualquier reo que se sienta en el banquillo. Se trata de garantizar, con el respeto a este derecho, la imparcialidad judicial. De lo contrario el juez, esclavo del citado prejuicio social, tendría una posición claramente más proclive a la acusación que a la absolución, como ha solido ser históricamente habitual y, de hecho, se favorece por la propia configuración del proceso penal como una sucesión de acontecimientos que, en realidad, parecen orientados a confirmar acriticamente las conclusiones de un órgano investigador que, por pura lógica, no puede respetar la presunción de inocencia en la ejecución de su labor: la policía. Aunque pueda resultar sorprendente, si la policía estuviera forzada legalmente a ver inocentes, no podría cumplir de ningún modo con su tarea, porque nunca identificaría a ningún sospechoso⁴³.

Si se sienta a una empresa en el banquillo, es evidente que el prejuicio social contra este particular reo también existe, especialmente, por cierto, si la empresa es relevante y ha tenido difusión periodística su supuesta actividad delictiva. Por ello, debe gozar

38 Vid. Neira Pena, “Sherlock Holmes en el centro de trabajo: las investigaciones internas empresariales”, cit. p. 54

39 Creo que no es necesario explicar por qué la expresión es profundamente ofensiva.

40 Cfr. Neira Pena, “Sherlock Holmes en el centro de trabajo: las investigaciones internas empresariales”, cit. p. 57.

41 Que me sugirió por correo electrónico la Profesora Rosa Anna Ruggiero, de la Università degli Studi della Toscana – Viterbo.

42 Dig. L. 48, tit. 19, 5. Ulpiano: “*sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus traianus adsidio severo rescipit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari.*”

43 Vid. Nieva Fenoll, “La razón de ser de la presunción de inocencia”, *InDret* 1/2016, pp. 8 y ss.

también de la presunción de inocencia porque, de lo contrario, su condena puede ser prácticamente segura.

Este derecho, como el anterior, no es de exclusiva titularidad de una persona física⁴⁴. La imparcialidad no conoce distinción entre personas físicas y jurídicas, como se hace evidente en cualquier proceso civil. Por ello, no es inimaginable que no pueda surgir animadversión contra una empresa, o que pueda aparecer incluso previamente al proceso. Imagínese, por ejemplo, un club de fútbol. En consecuencia, debe ser respetada la presunción de inocencia, por lo que la empresa sólo podrá ser condenada en un proceso si dicha presunción consigue ser destruida a través de la valoración de la prueba. Personalmente no entiendo que el estándar del “más allá de toda duda razonable” obligue a un juez a tener más demostrado que en otras ocasiones la existencia de un hecho delictivo⁴⁵. Pero para aquellos que sí lo creen, que son la mayoría, imagínese lo que supondría ver cómo un reo —la empresa— pudiera ser condenado sin el cumplimiento de ese estándar. Si así fuera, temblarían, para ellos, los cimientos de todo el proceso penal.

Aunque de hecho ya tiemblan si se pretende suprimir la que, a mi juicio, es la idea base de ese estándar y la clave de bóveda del proceso penal, de todo el proceso penal dirigido contra cualquiera: la presunción de inocencia.

c) Derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad se ejerce también en la empresa, es decir, en el puesto de trabajo. Es evidente que las conversaciones que un empleado puede tener con sus compañeros sobre su vida privada pertenecen sin duda a esa esfera de expectativa razonable —legítima— de privacidad, como dijo el Tribunal Supremo de los EEUU hace ya años⁴⁶. Y dado que sería manifiestamente inhumano no poder tener esas conversaciones en la empresa donde el empleado trabaja, la intimidad también existe en el ámbito laboral. Imagínese lo que sería una empresa en la que sus trabajadores actuaran simplemente como máquinas.

Ello impide claramente que puedan instalarse dispositivos de seguimiento en las instalaciones de la empresa. Una cosa es disponer cámaras de seguridad para prevenir que la empresa sufra entradas ilegítimas de sujetos terceros a la empresa, y otra muy distinta es cablear las instalaciones de la empresa colocando micrófonos o cámaras en todas partes. En la medida en que impiden el disfrute del derecho a la intimidad, prohíben también *de facto* el libre desarrollo de la personalidad, lo que es del todo inaceptable⁴⁷. Esas cámaras o micrófonos sólo pueden disponerse en dependencias en las que, de no instalarse, pudieran tener lugar gravísimos abusos de la integridad psíquica o física de terceros, como pueden ser las comisarías de policía. Pero son absolutamente inadmisibles en una empresa habitual, salvo que el juez decidiera disponerlas⁴⁸ para investigar la comisión de un delito repugnante que se aprovecha precisamente del ilegítimo disfrute del derecho a la intimidad: el acoso laboral o, mucho peor, el acoso sexual en el trabajo.

En otro caso, esas cámaras instaladas por la propia empresa captarán actos íntimos de manera ilegítima, que además corren el riesgo de ser indebidamente tergiversados por el empresario en su beneficio, para atribuir, por ejemplo, responsabilidad a un trabajador que no la tiene.

44 Así lo reconoceN laS STS 154/2016, 29-2-2016, FD 8; STS 514/2015, 2-9-2015.

45 Más extensamente en Nieva Fenoll, *La duda*, cit. pp. 160 y ss.

46 Katz v. U.S., 389, 347 (1967), Smith v. Maryland 442, US 735 (1979).

47 Cfr. Montiel, “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, cit. p. 262 y ss.

48 Era la línea de la STS 528/2014, 16-6-2014, FD 1.

Ni que decir tiene que, igual que le sucede a la policía, cualquier dato captado ilegítimamente de ese modo no puede tener el más mínimo valor probatorio en un proceso penal ni en ningún otro proceso, como veremos enseguida, salvo para demostrar la ilegitimidad de la intromisión de la empresa.

d) Derecho al secreto de las comunicaciones

De lo indicado en el epígrafe anterior podría colegirse que la empresa no puede intervenir de ningún modo las comunicaciones del empleado. Y sin embargo no es exactamente así. Lo que interesa preservar es el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en este caso a través de la intimidad. Para ello hay que observar cuál es la concreta situación actual en la que casi todos vivimos.

Hoy en día todo el mundo tiene un teléfono móvil, y una o varias direcciones privadas de correo. Ello quiere decir que no necesitamos en absoluto vivir nuestra privacidad a través de las herramientas de comunicación suministradas por la empresa. Sí que hubo un tiempo en que las personas solamente disfrutaban del correo de la empresa, o no se podían comunicar fácilmente por teléfono sino a través de llamadas o de mensajes cortos que, por cierto, se pagaban. Pero ahora nada de eso es así, y de hecho esa situación duró relativamente poco, mirada con perspectiva.

Actualmente todo el mundo tiene aplicaciones de mensajería en su teléfono que garantizan la intimidad, o accede a redes sociales configurando debidamente su privacidad, por lo que las oportunidades de comunicarse con otros empleados de la empresa, o con terceros, son infinitas, y de ellas no tiene por qué tener conocimiento alguno la compañía. De hecho, es profundamente estúpido utilizar los canales de comunicación de la empresa para contactar con otras personas de la esfera privada.

A partir de ahí, es perfectamente legítimo que la empresa decida intervenir dichos canales, advirtiéndolo debidamente para la mejor información del empleado⁴⁹, porque de ese modo se está procediendo a una normal supervisión de las tareas de los trabajadores, sin más, y sin impedirse que estos tengan realmente derecho a la intimidad a través de los canales privados antes citados. Es decir, la frontera es la vulneración o incluso anulación del derecho a la intimidad. Si ello no sucede, ningún inconveniente debe tener la posibilidad de intervención citada⁵⁰.

En consecuencia, es correcta la jurisprudencia que permite el acceso a tales medios en el marco de una investigación interna, con más razón si la empresa advierte de ello. No es lo mismo que abrir una taquilla, con respecto a la que la empresa ya ofrece al trabajador la oportunidad de cerrar y, por tanto, de disfrutar de la intimidad en ese ámbito. El caso de las comunicaciones, subrayo que en la actualidad, es totalmente distinto por las razones apuntadas.

49 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en *STEDH Bărbulescu c. Rumanía*, 12-1-2016 (n. 61496/08) ni siquiera considera necesario ese aviso previo si, efectivamente, se utiliza un ordenador de la empresa y se abre una cuenta privada, en este caso de Yahoo Messenger, para fines personales alejados de los laborales para los que fue concebida. En mi opinión, como se desprende del texto principal, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se excedió un tanto en su apreciación —vid. voto particular de Pinto de Albuquerque—, sobre todo teniendo en cuenta que los hechos enjuiciados databan de 2007, cuando esas posibilidades de correspondencia privada a las que he aludido eran bastante más restringidas que en la actualidad —apenas existían teléfonos móviles con acceso a datos—, lo que hacía muy habitual que los trabajadores utilizaran las cuentas de la empresa para usos personales, todo hay que decirlo, en la enorme mayoría de las ocasiones sin perjuicio alguno para la compañía.

50 Todo se centra en la “expectativa de privacidad” de que habla Nieto Martín, “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación en la lucha por la información en el proceso penal”, cit.

e) Derecho a la asistencia letrada

Sorprende bastante que se haya podido dudar del derecho a la asistencia letrada de la empresa, como tal persona jurídica. Si se la pone en la posición, no ya de reo, sino de simple parte en el proceso, en cualquiera de ellos —civil, administrativo, laboral—, no es solamente que tenga ese derecho, sino que en la mayoría de los casos tiene la obligación de comparecer acompañada de letrado. Por tanto, no debe presentar dudas que su derecho de defensa se vea completado con esta garantía.

Al contrario, el representante debe comparecer acompañado de abogado para poder ejercer debidamente su defensa. Lo que no es posible es otorgar a una persona jurídica la complicadísima posición de reo para a renglón seguido quitarle todas las garantías de la defensa, postura que es la que se viene combatiendo en este estudio desde el principio. Lo contrario supone jugar al ventajismo, obteniendo por la puerta de atrás una información privilegiada actuando como una especie de inquisidor general ante un reo que no goza de ninguna garantía. Atrás quedaron, por fortuna, esos tiempos, y no pueden reeditarse ahora al hilo de la posibilidad de imputación de un nuevo reo: la persona jurídica.

5. VALOR PROBATORIO DE LAS INVESTIGACIONES INTERNAS

Al margen del respeto de derechos fundamentales que se ha examinado en los anteriores epígrafes, la doctrina⁵¹ se ha ocupado todavía poco de un penúltimo punto que resulta esencial: el valor probatorio del resultado de las investigaciones internas.

La situación es la siguiente. La empresa habrá realizado una investigación de la que se derivará un informe con una serie de datos. Esos datos pueden haber surgido de una auditoría cotidiana, o bien reactiva a consecuencia precisamente de la necesidad de averiguación de un hecho delictivo.

En el fondo, la situación es prácticamente la misma. Hay que tener muy presente que la empresa no es cualquier ente investigador. Es el reo, al que se le pide que actúe como si fuera una especie de policía de sí mismo⁵². Compréndase que la situación es ciertamente paradójica⁵³.

Desde luego, la información que se aporte no es más que información de parte, que puede haber vulnerado derechos fundamentales⁵⁴, que vendrá convenientemente filtrada por el propio reo por más “zanahorias” que pongan los fiscales o los jueces de instrucción, dependiendo del sistema. Incluso cuando la fiscalía nombre un auditor u observador externo que supervise o incluso realice materialmente estas labores de investigación, las posibilidades de la empresa de ocultar información son enormes, por lo que aquello que se descubra va a ser casi siempre ciertamente comprometido, en el sentido de que difícilmente sabremos si se trata de toda la información. Desde luego, no se puede comparar esta investigación con una entrada y registro sorpresiva en la sede de la empresa incautándose de la documentación que se pueda obtener. Por más difícil que sea —o parezca— el acceso a esa información, se puede conseguir si se realizan las pesquisas necesarias, pero siempre desde un punto de control externo a la empresa.

51 Montiel, “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, cit. pp. 251 y ss.

52 Montiel, “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, cit. p. 253.

53 Lo destacan, entre otros, Nieto Martín, “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación en la lucha por la información en el proceso penal”, *Diario La Ley*, n. 8120, 2013. Gimeno Beviá, *El proceso penal de las personas jurídicas*, cit. p. 228.

54 Neira Pena, “Sherlock Holmes en el centro de trabajo: las investigaciones internas empresariales”, cit. p. 72.

Por tanto, esa información no es más que evidencia que será analizada en el proceso, pero sin que desde luego pueda tener ningún valor privilegiado —lo impide la libre valoración de la prueba—, ni tampoco pudiendo adquirir un valor *de facto* importante para el juez, más allá del que, una vez atendido todo el acervo probatorio, pueda atribuirle el juez motivándolo debidamente.

En consecuencia, el valor de lo obtenido es similar al que deberían tener habitualmente las pesquisas policiales: muy escaso, habida cuenta de las tremendas oportunidades de manipulación, especialmente en este supuesto. En el caso de la policía, la posible —e inaceptable— manipulación, a duras penas controlada por la efímera teoría de la “cadena de custodia”, normalmente será contraria a reo. Pero en el caso de la empresa, la manipulación lógicamente estará enfocada en sentido contrario. La policía no deja de ser una herramienta de una parte del proceso —habitualmente la acusación—, igual que la empresa, que es parte de por sí. De hecho, con respecto a esta última deben aumentar decididamente las suspicacias, toda vez que, como se ha dicho, se trata directamente del reo.

6. LA FALSA PROBLEMÁTICA DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Se ha planteado también una todavía más extraña problemática en torno a si vulnera la carga de la prueba el hecho de que la empresa se vea obligada a aportar pruebas para obtener su exculpación, derivadas sobre todo de lo dispuesto en el art. 31 quarter del Código Penal⁵⁵.

Lo que dispone el citado precepto es simplemente la posibilidad de obtener una atenuante por colaborar con la investigación, en términos un tanto sorprendentes, ciertamente —¿confesión?—, pero que no son diversos de los que ya se expresan para las personas físicas en el art. 21.4 C.P.

Aun suponiendo que la carga de la prueba exista en el proceso penal —que desde luego a mi parecer no existe⁵⁶—, no es que se le exija a la empresa que aporte pruebas contra sí misma para obtener una atenuación. Lo que se le ofrece es que ayude a esclarecer los hechos, lo que puede servir, y servirá, para culpabilizar a otras personas físicas y exculpar, si es posible, a la empresa, o atenuar su responsabilidad. Eso mismo haría la empresa aunque no existiera el art. 31 quarter.

Diferente por completo es si este ofrecimiento/exigencia contraviene el derecho a no aportar pruebas contra uno mismo. Sobre esa cuestión ya me pronuncié en sentido positivo. El afán por obtener información, así como el plagio del modelo anglosajón, condicionado por la figura del juramento, es posible que haya llevado las cosas a un extremo que no sea racional del todo. Me remito a lo ya indicado en líneas anteriores.

55 Reflexionaba sobre ello también la Circular 1/2016, p. 57. También entra en este tema, aunque de manera bastante provisional que desvela el intenso debate existente, la STS 221/2016, 16-3-2016, FD 5.

56 Vid. Nieva Fenoll, “La razón de ser de la presunción de inocencia”, cit. pp. 10 y ss.

LA PRUEBA PERICIAL EN LA EXPERIENCIA ESTADOUNIDENSE. EL CASO DAUBERT

Carmen VÁZQUEZ*

1. ALGUNAS CUESTIONES DEL SISTEMA ESTADOUNIDENSE

En la valoración judicial de la prueba pericial, el sistema estadounidense se ha convertido en un referente obligatorio dado su amplio tratamiento jurisprudencial y doctrinal en el tema.¹ Debe advertirse desde el primer momento, sin embargo, que dadas las características de éste sistema, tales esfuerzos se han concentrado en la etapa de admisión de dichos elementos probatorios y específicamente en las pruebas periciales presentadas por las partes.

La concentración en la etapa de admisión se debe a que generalmente en EEUU el proceso judicial se desarrolla ante dos órganos con características, facultades y obligaciones diversas: el *trial judge* (en adelante, juez de la causa) y el *trier of fact* (el jurado)². El primero, es un juez profesional con una discrecionalidad relativamente amplia para decidir las llamadas cuestiones de derecho, entre las que se encuentra la admisibilidad de las pruebas a partir de las disposiciones procesales correspondientes; el segundo, es un órgano colegiado, lego y pasivo, que decide únicamente las cuestiones fácticas.³

Por otro lado, que la discusión se centre en el perito de parte es al menos parcialmente explicable porque el tema se ha desarrollado fundamentalmente en el proceso civil, considerado como paradigma del modelo adversarial que empodera a las partes para presentar la información que crean adecuada para sostener su hipótesis (*make their case*)⁴ y con la cual se tomará la decisión. Quizá también aquí valga la pena advertir que, a diferencia de nuestros sistemas, muchas veces los procesos civiles estadounidenses son dirigidos contra grandes empresas, por ello, al estar en juego miles de millones de dólares, las pruebas presentadas y la discusión generada, se corresponde con ello.

* Este artículo se ha realizado en el marco del proyecto "Prueba y atribución de responsabilidad: definición y contrastación del daño" (DER2014-52130-P); y mejorado gracias a la estancia de investigación en la *Northwestern University* financiada por la UdG en la convocatoria MOB-2016. Agradezco a Jordi Ferrer sus comentarios al borrador de este trabajo y a Ron J. Allen por todas las discusiones sobre diversos puntos del mismo, ambos han enriquecido ampliamente mis ideas.

1 Me referiré exclusivamente al derecho federal estadounidense, no al que se dotan cada uno de los estados que conforman la Federación.

2 Aunque también existen los llamados *bench trials*, donde no hay jurado y todo el caso es decidido por el mismo juez. En teoría todas las reglas probatorias son igualmente aplicables a éstos, sin embargo, en la práctica parece que éstas se relajan en comparación a los *jury trials*.

3 Aquí vale la pena ir con cuidado, dado que, como afirman entre otros Allen y Pardo (2003: 1770), no hay una distinción nítida entre ambas cuestiones: "[s]ólo hay diferencias pragmáticas. ... [L]o que inició como una defensa de una distinción "analítica" entre el derecho y los hechos acabó en la disolución de toda diferencia, dado que toda determinación de los hechos es implícitamente una determinación normativa y, por ello, en ese sentido, jurídica. Esto no significa que la distinción doctrinal ente 'derecho' y 'hechos' no sea importante; sólo significa que debe ser decidida de forma funcional y no por referencia a supuestas diferencias ontológicas, epistemológicas o analíticas entre dichos conceptos."

4 Entiéndase "presentar" en el sentido más amplio de la palabra, pues no sólo tienen las partes la posibilidad de ofrecer pruebas para su admisión, sino que se trata de una facultad que va más allá y está relacionada con la práctica de las pruebas, pues al menos en el *trial* son las partes quienes preguntan, por ejemplo, a los testigos, a los peritos, a los contrapartes, etc., mientras el juzgador de los hechos permanece pasivo, escuchando la información así brindada.

Ahora bien, con independencia de las características particulares del sistema estadounidense, la cuestión básica abordada no es parroquial, pues se trata de la valoración judicial de las pruebas periciales de parte. Para ello, el sistema estadounidense se ha enfocado en la fiabilidad de las afirmaciones periciales, obligando a las partes a mostrar no sólo la relevancia de tales pruebas sino también a brindar información sobre la fiabilidad.⁵ Y aquí, obviamente, cobra suma importancia la discusión sobre qué se entiende por “fiabilidad” que es, precisamente, el hilo conductor del caso que aquí se analizará, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*

Sin lugar a dudas, el caso *Daubert* no sólo ha marcado la agenda estadounidense en lo que respecta a la prueba pericial, sino también la de todo el mundo anglosajón y, al menos en los últimos años, ha llegado incluso a nuestro entorno a través de la legislación, la jurisprudencia o la doctrina.⁶ Pero, como se verá, más allá de tal impacto, resulta un caso sumamente interesante por los planteamientos epistemológicos desarrollados por la Suprema Corte de Justicia estadounidense.

Ahora bien, el objetivo de este trabajo no sólo es contar la historia o describir la situación estadounidense, tampoco hacer un trabajo de análisis comparativo, o dilucidar cuál es mejor sistema, o sugerir una especie de “trasplante” jurídico, sino simplemente poner en la mesa de debate algunas cuestiones que pudieran ser útiles para el desarrollo de la prueba pericial en nuestros propios sistemas, enfatizando aquello que podríamos aprender y aquello que no sería aplicable en nuestra práctica. Para lograrlo, primero, es necesario empezar por el caso *Frye*, un antecedente indispensable para la comprensión del contexto en que se decidió el caso *Daubert*.

2. LA ACEPTACIÓN GENERAL EN EL ÁREA RELEVANTE: EL CASO *FRYE*

En primera instancia, James Alphonzo Frye fue declarado culpable por el asesinato en segundo grado del Dr. Robert W. Brown. Al parecer, en un primer momento el señor Frye confesó el crimen, retractándose después y, para demostrar su credibilidad, la defensa ofreció como prueba la posibilidad de someter al acusado a un entonces muy novedoso análisis de la presión sanguínea que supuestamente servía como detector de mentiras. El juez de primera instancia excluyó esta prueba y condenó a Frye.

En apelación, el análisis del tribunal correspondiente se centró en el fundamento teórico subyacente al citado detector de mentiras: las afirmaciones verdaderas serían espontáneas mientras que las mentiras requerirían un esfuerzo consciente que se reflejaría de forma particular en un aumento de la presión sistólica.⁷ Así resolvió que:

Es muy difícil detectar el momento preciso en el que un principio o descubrimiento científico cruza la línea que hay entre su etapa experimental y aquella en la que es demostrable. En algún lugar de esta zona de penumbra, el valor de la evidencia a su favor debe ser reconocido y, mientras que los tribunales recorren un largo camino para admitir testimonios expertos derivados de princi-

5 Esta discusión ha estado presente en los países del *common law* en general y puede ser identificada como *the relevance plus approach*, es decir, además de la relevancia de las pruebas se imponen otros criterios para permitir la entrada de estos elementos. Tales criterios han sido la *helpfulness* en Reino Unido o la *necessity* en Canadá y Australia. Anadido a otros criterios jurídicos aplicables a todo tipo de pruebas.

6 El legislador colombiano, por ejemplo, incorporó los criterios *Daubert* en el Código de Procedimiento Penal (artículo 422); a nivel de la doctrina, véase por todos, Nieva (2010: 285 ss).

7 Según la sentencia del caso, la defensa afirmaba que: “El incremento que se produce es fácilmente detectado y distinguible del aumento producido por el simple miedo al análisis mismo. En el primer caso, la presión aumenta más que en el segundo y es más pronunciada en tanto el análisis se lleva a cabo; mientras en el primer caso, si el sujeto está diciendo la verdad, la presión registra un aumento al inicio del análisis pero luego baja gradualmente durante éste”.

pios científicos o descubrimientos bien reconocidos, aquello de lo que estas pruebas se deducen debe estar lo suficientemente fundado para tener la aceptación general en el área relevante.⁸

En la sentencia no aparece ninguna explicación sobre las razones para adoptar tal criterio ni sobre cómo se debería entender; sólo se enunció como argumento para ratificar la exclusión del análisis respectivo porque, en opinión del tribunal, no estaba lo suficientemente establecido para ser aceptado por las áreas de la fisiología y la psicología. Con esta exclusión se confirmó entonces la sentencia de culpabilidad del señor Frye.⁹

Como se puede fácilmente advertir, el criterio de la “aceptación general en el área relevante” constituye un giro importante en los criterios de valoración de las pruebas periciales al ir más allá del experto en sí mismo (sus credenciales, su personalidad o su actuación en el juicio) y valorar el conocimiento que sirve de fundamento a la técnica aludida, es decir, se pone el énfasis en la información que fundamenta lo que dice el experto y no en el sujeto que brinda dicha información.

Inicialmente los tribunales estadounidenses recibieron con cierto entusiasmo al criterio *Frye*, considerándolo adecuado porque, entre otras cuestiones, podía ser fácilmente aplicado y sus resultados determinados también con relativa facilidad, sin necesidad de conocimientos especializados por parte de los jueces.¹⁰ Sin embargo, como bien afirma Giannelli (1980: 1210), quizá el mayor defecto de este criterio fue obscurecer sus propios problemas prácticos: ¿qué constituye un área de conocimiento o una comunidad experta¹¹?, ¿cómo se identifica al área o comunidad relevante?¹², ¿cuándo se considera que hay una aceptación y que ésta es general?¹³

8 Véase, *Frye v. United States*, 54 App.D.C.46, 293F. 1013, 34 A.L.R. (145) (1923).

Allen (2012: 21) llama la atención sobre la imprecisión del criterio, entre otras cuestiones, porque no es claro a qué se refiere con “aquello” que debe tener la aceptación general.

9 Frye fue condenado a cadena perpetua, pero dieciocho años después de estar en prisión fue liberado. En la literatura estadounidense hay diversas versiones sobre tal liberación, por ejemplo, mientras Wicker (1953) afirma que Frye fue liberado cuando el verdadero homicida confesó, Starrs (1982) sostiene que fue liberado bajo libertad condicional por una reforma legislativa que le favoreció.

10 Una cuestión significativa es que el criterio Frye se estableció específicamente para la “ciencia novel”, sin embargo, esta delimitación inicial se dejó de lado y el criterio fue aplicado a *todo* tipo de conocimiento experto que pretendiera usarse como elemento de prueba.

11 El término “comunidad científica” es muy vago tanto cualitativa como cuantitativamente, no resultando fácil saber cómo se constituye sustantivamente una comunidad. Por lo que toca a los criterios cualitativos, éstos pueden ser de naturaleza muy diversa, desde la mera credencial de pertenencia por haber pagado una cuota o cumplido algunos requisitos formales hasta el hecho de compartir implícita o explícitamente (en grados diversos) presupuestos de distintos tipos (teóricos, experimentales, metodológicos, etc.). Por ejemplo, Quesada (1998: 263) considera que los investigadores que comparten *todo* lo siguiente forman una comunidad científica: “experiencias, formación, conocimientos, valores metodológicos y estratégicos y objetivos con otros colegas, leyendo las mismas publicaciones, participando en los mismos congresos, etc..” Aunque quizá la idea de Quesada es intuitiva, las nociones que emplea (hipótesis, modelo, valor experimental, conocimiento, método) tienen tan diverso significado e implicaciones que resultan exigencias demasiado vagas. Además, sus puntualizaciones sociológicas (las mismas publicaciones, los mismos congresos) pueden ser cumplidas con relativa facilidad por muchos grupos diversos que no necesariamente se reconozcan como comunidad.

12 La decisión sobre cuál es la comunidad relevante puede llegar a ser también bastante problemática sustantivamente, por ejemplo, porque que hay pericias en las que participan áreas de conocimiento diversas que constituyen comunidades diferentes.

Por citar otros ejemplos a efectos de explicitar los problemas de identificación de “comunidad”, puede pensarse en el artículo 422 del Código de Procedimiento Penal colombiano, donde se alude a “la aceptación de la comunidad académica”; o Nieva (2010: 295) que hace referencia a la “aceptación de la comunidad científica internacional”. Evidentemente una “comunidad científica” puede ser distinta a “una comunidad académica” en la que se supone fundamentalmente objetivos de investigación y/o docencia, muchas veces con alguna adscripción a una universidad. Y, también, la alusión a una comunidad internacional introduce un parámetro cualitativo y cuantitativo diverso; además, no se puede obviar que no todas las áreas de conocimiento tienen algo que se puede identificar como “comunidad internacional”.

13 Si, por ejemplo, pensamos en la aceptación como un criterio numérico o *cuantitativo*, ¿cómo debería interpretarse tal aceptación, como una mayoría absoluta, una mayoría calificada, o una mayoría ordinaria de la comunidad científica relevante? Como sucedió, por ejemplo, en la *International Astronomical Union* que votó en el 2006 la defini-

Ahora bien, suponiendo que los problemas anteriores fueran salvables y que se pudiera identificar la comunidad relevante y cierto nivel de aceptación, el criterio Frye admite al menos dos versiones, con implicaciones sustantivas diversas. En una primera versión, se enfatizaría el *fundamento* de la aceptación general en el área relevante y, por ello, podríamos identificarla como la versión *epistemológica* de este criterio. Mientras que, por otro lado, una segunda versión pondría el énfasis en la “aceptación general” en el área relevante en sí misma, sin hacer ninguna referencia a las razones de ésta, y por ello, esta interpretación tendría un carácter más sociológico. Claramente, de la mera aceptación de una comunidad experta no se puede inferir la corrección o la verdad de una hipótesis, técnica, etc.¹⁴: si los jueces preguntaran a aquellos que dicen leer los posos del café si dicha lectura es aceptada por la generalidad en el área relevante, la respuesta obvia sería que sí (Faigman, 1999: 62-63). Así las cosas, la mejor versión del criterio sería, pues, la epistemológica.

En cualquier caso, conforme se fueron identificando serios problemas en la aplicación del criterio, diversos tribunales estadounidenses empezaron a limitarlo, modificarlo o directamente rechazarlo, por ser “demasiado maleable para ser útil” (Sanders, 1994: 1388)¹⁵. Hasta que más tarde, en 1975, con relativa independencia de las discusiones sobre el criterio *Frye*, se promulgaron las *Federal Rules of Evidence* (en adelante, FRE)¹⁶, cuya regla 702 regularía la admisibilidad de la *expert evidence* sin mencionar el criterio de “la aceptación general”:

Si el conocimiento científico, técnico o especializado resultara útil al juzgador de los hechos para entender las pruebas o determinar los hechos en conflicto, un testigo calificado como experto por su conocimiento, habilidades, experiencia, capacitación o educación, puede testificar en forma de opinión.

Con ello inició un fuerte debate a nivel federal entre aquellos que consideraban que el criterio *Frye* había sido superado por la nueva legislación y los que afirmaban su continuidad (de alguna manera implícita) en las FRE.

3. EL CASO DAUBERT

Ese era el contexto jurídico-normativo cuando en 1984 los padres de los menores Jason Daubert y Eric Schuller promovieron un juicio civil por daños tóxicos contra *Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, alegando que la causa de las graves malformaciones congénitas de sus hijos en sus extremidades superiores fue la ingesta materna durante su gestación de un antihistamínico patentado por dicha farmacéutica para aliviar las náuseas y mareos causados por el embarazo: Bendectin.¹⁷

ción de “planeta” que excluyó a Plutón como tal, una decisión por mayoría simple.

Un ejemplo jurídico al respecto proviene de la Corte Europea de Derechos Humanos, *Sheffield and Horsham v. UK* (1999), un caso donde los demandantes solicitaban al gobierno que hiciera lo necesario para que su reciente cambio de sexo se reflejara en sus diversos documentos oficiales. La Corte rechazó la petición argumentando que la investigación médica sobre la etiología transexual no tenía “el soporte o confirmación universal de una comunidad científica”.

14 Como equivocadamente hace, por ejemplo, Denti (1972: 280) cuando afirma que “los métodos de investigación se consideran correctos *sólo* porque son aceptados por la generalidad de los estudiosos en un momento histórico determinado, sin excluir que dichos métodos puedan ser considerados como erróneos en un momento sucesivo.”

O, más recientemente, Rivera Morales (2011: 271) equipara “verdadera ciencia” con “la considerada como tal por el consenso general en la comunidad científica”.

15 Para consultar algunas de las críticas más frecuentes a Frye planteadas por tribunales estadounidenses, véase Giannelli e Imwinkelried (1999: 27 ss).

16 Cuyo proceso de creación, por cierto, es digno de mencionar pues las FRE son resultado de un trabajo conjunto del poder judicial con las barras de abogados y destacados juristas especialistas en la materia, no siendo pues un trabajo meramente legislativo. Así, se constituyó una comisión para discutir cuál sería la reglamentación probatoria adecuada, hasta que después de diez años de arduos debates se presentó un proyecto que fue aprobado por el Legislativo, quien teniendo la facultad de hacer enmiendas, no realizó ninguna.

17 Este caso fue una de las más de 1700 demandas interpuestas en contra de *Merrell Dow* por el fármaco en cuestión. Véase Sanders (1992) para un panorama general sobre los antecedentes judiciales del Bendectin.

Merrell Dow llevó el juicio al ámbito federal solicitando una sentencia sumaria con el argumento de que la demanda era fácticamente infundada, pues afirmaba que el Bendectin no era teratogénico y, por ello, los demandantes no podrían presentar pruebas suficientes para poner en funcionamiento la maquinaria estatal. Para probar su afirmación presentaron la declaración de Steven H. Lamm, médico especialista en epidemiología con una amplia acreditación como experto en riesgos por la exposición a sustancias químicas y biológicas, entre ellas el Bendectin.

El Dr. Lamm declaró que no había estudios epidemiológicos *publicados* que demostraran una correlación estadística significativa entre la ingesta de Bendectin durante el embarazo y las malformaciones del producto. Para llegar a esta conclusión, afirmó, habría revisado más de treinta estudios publicados en diversas revistas especializadas que comprendían una muestra aproximada de 130 mil pacientes, en los que no se había demostrado que la ingesta de Bendectin fuera un factor de riesgo de sufrir defectos congénitos.

En respuesta a lo anterior, los actores presentaron el testimonio de sus propios expertos con el fin de probar la relación causal en cuestión.¹⁸ Éstos afirmaron que el Bendectin *podría posiblemente* causar daños congénitos, basando tal conclusión en *un conjunto* de estudios,¹⁹ a saber: a) estudios realizados en células animales (*test tube*) y en animales vivos; b) estudios farmacológicos que revelaban cierta similitud entre la estructura química del Bendectin y otras sustancias cuyos efectos teratogénicos habían sido comprobados;²⁰ y c) un re-cálculo no publicado de estudios epidemiológicos anteriores que, en su momento, no encontraron una correlación entre la ingesta de tal fármaco y los daños congénitos.

El tribunal decidió que tal testimonio no podría servir de base para que un jurado decidiera sobre la causalidad de una forma distinta a la ya se podía llegar racionalmente con la información entonces disponible.²¹ Ello, una vez que excluyó las pruebas periciales ofrecidas por los demandantes argumentando que los principios subyacentes a éstas no tenían la “aceptación general” del área relevante.²²

Los demandantes apelaron tal decisión argumentando que, por ejemplo, el análisis de los estudios epidemiológicos no fue publicado porque su objetivo era únicamente probar la relación causal en el caso concreto. Pero en 1991 se confirmó la decisión de primera instancia, asumiendo “la aceptación general de la comunidad científica de

Según Angell (1996: 127), la probabilidad de este tipo de defectos en aquella época, era 1 en 1000 nacimientos. Sin embargo, entre 1958 y 1983, la ingesta de Bendectin era tan común en las embarazadas, equiparable al uso de vitaminas, que es perfectamente plausible la concurrencia del uso de éste fármaco y las malformaciones genéticas sin que exista una conexión causal entre ambas.

18 Ocho profesionales con currículum nada desdeñable. Por ejemplo, Shanna Helen Swan, maestra en bioestadística por la Columbia University y doctora en estadísticas por la University of California, jefa de sección del *California Department of Health and Services* y asesora de la Organización Mundial de la Salud.

19 Entiéndase bien, los expertos no afirmaban que cada una de esas pruebas o sólo una de esas pruebas establecían la relación causal, sino que del *conjunto* de esas pruebas se podría inferir la prueba de la causalidad. Obviamente, la exclusión de una ellas sería determinante.

20 El Bendectin contenía como sustancia activa succinato de doxilamina, un antihistamínico que alivia las náuseas. Dado que a la fecha estaba científicamente comprobado que al menos algunos antihistamínicos eran teratogénos, los expertos consideraron esta similitud estructural para inferir sus conclusiones. Véase, Sanders (1992: 317).

21 *Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc.*, 727 F.Supp. 570, 573 (S.D.Cal. 1989).

22 También se argumentó que dada la gran cantidad de estudios epidemiológicos sobre el Bendectin, sólo las pruebas periciales con este tipo de fundamento podrían probar una correlación entre su ingesta y los daños. Según un informe del Tellus Institute (2003: 8), en la época Post-Daubert, algunos jueces han desestimado demandas precisamente porque las partes no presentan pruebas epidemiológicas, pese a que la comunidad científica entiende que para muchas sustancias tóxicas no podría existir evidencia epidemiológica, entre otras cosas, porque no es ético (o incluso lícito) suministrar o poner en contacto con sustancias tóxicas a individuos a efectos de analizar qué dosis causa qué enfermedad.

referencia” como el estándar de admisión para las pruebas periciales.²³ En tal decisión se argumentó que la publicación o la evaluación por pares constituía una condición necesaria para la admisión de elementos probatorios de carácter científico, pues era a través de estos mecanismos que los tribunales podrían saber si una comunidad científica aceptaba el conocimiento subyacente al elemento de prueba ofrecido.

Finalmente, el caso llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1993, cuando los demandantes apelaron la decisión anterior cuestionando fundamentalmente el criterio de admisibilidad utilizado por los tribunales inferiores y argumentando que las FRE habían superado al criterio *Frye*, estableciendo que la valoración de este tipo de pruebas correspondía exclusivamente al jurado y no al juez de la causa. Pese a que no era el primer caso presentado ante la Corte solicitándole resolver la contradicción en los criterios empleados para valorar la admisibilidad de pruebas periciales, sí fue la primera vez en la historia en que ésta se pronunció al respecto.

En primer lugar, la Corte resolvió por unanimidad la cuestión jurídica central: el estándar *Frye* había sido superado por la regla 702 de las FRE. Según observó la Corte, el texto normativo no hacía referencia explícita ni implícita a la “aceptación general del área de conocimiento” y, por ello, no había razones para considerarla como condición necesaria para la admisión de pruebas científicas en los juicios federales. Sin embargo, en segundo lugar, se apuntó que la sustitución del criterio *Frye* no implicaba que los jueces no estuviesen obligados a valorar este tipo de pruebas para su admisión. Al contrario, se especificó que el juez de la causa debería servir de “*gatekeeper*” (vigilante o custodio) de la calidad de las pruebas periciales en la etapa de admisión.

Para realizar tal función, según la Corte, el criterio a seguir sería la “fiabilidad probatoria”²⁴ de tales elementos, que se derivaba, en su interpretación, del texto normativo “*fuesen o perteneciesen al conocimiento científico*” que estaba señalado en las FRE.²⁵ En este punto, se enfatizó que esta valoración debería centrarse exclusivamente en los principios y la metodología subyacentes a la prueba en cuestión y *no* en sus conclusiones. Por ello, se debería valorar la validez científica del método por el cual el experto había arribado a sus conclusiones; así, de alguna manera, la Corte terminó equiparando fiabilidad y científicidad.

4. LOS FACTORES DAUBERT

Una vez sentados los presupuestos anteriores, el segundo paso en la resolución de la Corte Suprema fue indicar, *a manera de mera recomendación o sugerencia*, una serie

23 Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc., 951 f.2d 1128 (9th Circ. 1991).

24 Hay tres conceptos centrales en juego no sólo en la sentencia Daubert sino también en este trabajo: fiabilidad, validez y calidad. Si bien podrían tener sentidos diversos, en mi opinión, no es relevante discutir aquí al respecto siempre y cuando entendamos que se alude a información que pretende servir de justificación subyacente a la información experta utilizada. En todo caso, la Corte explicó que con “fiabilidad probatoria” estaba haciendo referencia a la confianza o la credibilidad (*trustworthiness*). En Vázquez (2015) se pueden encontrar significados distintos de estos conceptos.

25 Pese a que la regla 702 aludía también al conocimiento técnico y al conocimiento especializado, toda la discusión se centró en el “conocimiento científico”. Con esta omisión se dejó abierto, entonces, el problema de las pruebas periciales no-científicas que tuvo que ser abordado por la propia Corte en un caso sucesivo.

Según la sentencia del caso, consultando el *Webster's Third New International Dictionary* del año 1986 y las 37 citas de diversos *Amicus Curiae*, entre ellos, *The National Academy of Sciences*, la Corte determinó el significado de la expresión “conocimiento científico”, contenida en la regla 702. Así, diseccionando “conocimiento” y “científico”, concluyó que el calificativo “científico” aludiría al fundamento en los métodos y los procedimientos de la ciencia y el sustantivo “conocimiento” connotaría a un “conjunto de hechos conocidos o ideas deducidas de esos hechos o aceptadas como verdaderas en función de sus principios, más que a una mera creencia subjetiva o especulación infundada”

de factores para valorar la cientificidad y, con ello, la fiabilidad probatoria de las pruebas en cuestión. Cabe enfatizar, no obstante, que explícitamente se señaló la posibilidad de usar cualquier otro criterio emitido por los tribunales estadounidenses²⁶ o, bien, propuesto por la literatura jurídica.²⁷ Se apuntó, entonces, que el listado no era exhaustivo ni definitivo, sino ilustrativo y flexible.

Pues bien, propuestos por el magistrado J. Blackmun y aceptados por la mayoría de los entonces miembros de la Corte, se indicaron los siguientes cuatro factores de cientificidad y/o fiabilidad probatoria:

1. Si la teoría o técnica puede ser (y ha sido) sometida a prueba, lo que constituiría un criterio que *comúnmente* distinguiría a la ciencia de otro tipo de actividades humanas.
2. Si la teoría o técnica empleada ha sido publicada o sujeta a la revisión por pares.
3. Si se trata de una técnica científica, el rango de error conocido o posible, así como la existencia de estándares de calidad y su cumplimiento durante su práctica.
4. Y, finalmente, si la teoría o técnica cuenta con una amplia aceptación de la comunidad científica relevante.²⁸

Estos factores han sido interpretados de formas muy diversas por los distintos tribunales estadounidenses (y traducidos también de distintas maneras a diversos idiomas por tribunales y estudiosos del derecho de otros sistemas). Sin embargo, hacer aquí un recuento de todo ello, además de sobrepasar los límites de este trabajo, es de poco interés para los objetivos del mismo. Si queremos analizar la potencialidad de *Daubert*, resulta más relevante identificar los problemas de cada uno de los criterios que lo conforman, a lo que me dedicaré en los próximos párrafos; a excepción de la aceptación de la comunidad experta, cuyos principales problemas ya fueron reseñados.

4.1. La filosofía de la ciencia en *Daubert*

Como fundamento del primer factor antes mencionado, si la teoría o técnica puede ser (y ha sido) sometida a prueba, la Corte citó un artículo de Michael D. Green y un par de referencias concretas que en él se hacía a dos reconocidos filósofos de la ciencia, Carl Hempel y Karl Popper. Del primero se aludió a su idea de que “los enunciados que

26 Como un ejemplo se puede citar, entre tantos otros, el caso *Christophersen v. Allied – Signal Corp.* (939 F.2d 1106), donde se alegaba que la exposición al níquel había causado el mortal cáncer de colon del esposo de la actora. En ese caso, el tribunal formuló cuatro criterios para valorar la admisión de pruebas científicas: a) la cualificación del perito como experto; b) si los hechos considerados por el experto son del mismo tipo de hechos que considerarían otros expertos en la materia; c) si para llegar a su conclusión el experto empleó una metodología bien fundada; y, d) el perjuicio que su potencial valoración inadecuada pudiera causar.

27 Explícitamente la Corte citó, por un lado, el “Weinstein’s Evidence Manual” de Weinstein y Berger, donde se sugieren como criterios de admisibilidad: La aceptación general de la técnica empleada; la preparación del experto y su nivel académico; el uso de la técnica en el caso concreto; el potencial rango de error; la existencia de literatura especializada; su grado de innovación o novedad, y la dependencia de los resultados de la interpretación subjetiva del experto. Y, por otro lado, citó “Scientific Evidence: Defending a New Approach to Admissibility” de McCormick, sugiriendo como criterios: el grado potencial de error de la técnica empleada; la existencia y el cumplimiento de estándares durante su uso; la existencia, dentro de las características de la técnica, de ciertas precauciones; su analogía con otras técnicas científicas cuyos resultados son admisibles; la aceptación de la técnica en su correspondiente comunidad científica; la naturaleza y amplitud de la inferencia realizada; la claridad y simplicidad con las que la técnica es descrita y sus resultados explicados; la posibilidad de que el tribunal y el jurado puedan verificar los “*basic data*”; la viabilidad de que otros expertos puedan probar y evaluar la técnica; su valor probatorio en las circunstancias del caso; y, la corrección que observó el experto en la aplicación de la técnica.

28 La Corte consideró que una técnica que sólo contase con una aceptación mínima en la comunidad de referencia tendría que verse con escepticismo (Cfr. 509 U.S. 579, 113 S. Ct. 2786, p. 81.). Sin embargo, se puede observar una ligera modificación cuantitativa entre el criterio *Frye* de la “aceptación general en la comunidad de referencia” y el criterio de “una amplia aceptación de la comunidad” del caso *Daubert*.

constituyen una explicación científica deben ser susceptibles de contrastación empírica” (Hempel, 1966: 76); mientras del segundo se citó su falsabilidad como criterio de demarcación de lo científico (Popper, 1934: 46 ss.).²⁹

Con estas referencias y con sus constantes alusiones a la “cientificidad”, la Corte se introdujo en el problema de establecer un límite preciso para distinguir cualitativamente aquello que es científico de lo que *no lo es*, lo que en la filosofía de la ciencia se conoce como “problema de la demarcación”.³⁰ En su versión más fuerte y tradicional, el criterio de demarcación debería permitir *incluir* aquello que es científico y *excluir* aquello que no lo es; por ello, exige un conjunto de condiciones necesarias y suficientes para decidir si “x” es científico.³¹ Ello supone mostrar que hay algo compartido por todas las ciencias y sólo por éstas, además, por supuesto, de las credenciales epistémicas de ese “algo compartido”. Dicho esto, si bien sería absurdo considerar a Daubert como un ensayo de filosofía de la ciencia, sobre todo si se observa que únicamente se citaron algunas referencias al respecto,³² vale la pena notar las implicaciones o consecuencias prácticas de lo dicho sobretodo por Popper, quien con independencia de su compleja postura filosófica y los diversos giros en sus tesis (que han conducido a interpretaciones muy diversas de su trabajo), es referencia obligada en el tema.³³

En primer lugar, habría que decir que Popper (1934: 42) llamó problema de la demarcación al de “encontrar un criterio que permita distinguir entre las ciencias empíricas, por un lado, y los sistemas metafísicos por otro”³⁴. En su opinión, el criterio de demar-

29 El magistrado Stevens en su voto particular argumentó que, en su opinión, se hacía uso de conceptos, citando incluso diversos autores y tratados, que podían fácilmente perder a los juzgadores en su tarea en lugar de tener para ellos utilidad alguna.

En el ámbito académico las críticas tampoco fueron muy positivas: se le calificó de trivial, complicado o hasta superado o anticuado. Allen (1994: 1157), por ejemplo, consideró que sólo se cambió un anacronismo jurídico (el criterio *Frye*) por un anacronismo filosófico. El criterio *Frye* constituye para Allen un anacronismo jurídico por la deferencia que supone hacia la comunidad científica, teniendo ésta objetivos distintos al ámbito jurídico.

30 El sistema jurídico estadounidense ha sido uno de los pioneros en el uso de la *cientificidad* como criterio de valoración de las pruebas periciales. La primera discusión acerca de la *cientificidad* no fue en razón de la admisión de pruebas periciales, en 1960 en el debate sobre la enseñanza de llamado *creacionismo científico vs. la teoría de la evolución*. En la sentencia del caso *McLean v. Arkansas Board of Education* (1982), el juez William R. Overton formuló lo que consideró como características esenciales de la ciencia que la demarcan de otro tipo de actividades, a saber: a) se guía por leyes naturales; b) tiene que explicarse a través de leyes naturales; c) es contrastable con el mundo empírico; d) sus conclusiones son tentativas, i.e. no son necesariamente la última palabra; y, e) son falsables.

31 En cambio, una versión débil parecería sólo exigir o bien un conjunto de condiciones necesarias o bien un conjunto de condiciones suficientes. El problema es que las condiciones necesarias de *cientificidad* no permitirían identificar con certeza aquello que *sí* es científico, aun cuando permitieran determinar aquello que *ciertamente no* es científico; por lo que, lo único que se podría afirmar es que “x podría ser científico”. En cambio, si sólo se cuenta con condiciones suficientes, no podría determinarse que x *no* es científico, sólo podría afirmarse que x es científico o que *posiblemente* no es científico. Por ello, parecería que el criterio de *cientificidad* ideal sería aquel que pudiese identificar ambas condiciones.

En Daubert, la Corte usó el término “*ordinarily*”, lo que podría interpretarse como sólo condiciones necesarias o sólo condiciones suficientes sobre la *cientificidad*.

Otra discusión sería qué se quiere demarcar, es decir, a qué hace referencia “x”; y también ahí el criterio es vago, algunos aluden a teorías, otros a afirmaciones, otros a métodos, etc.

32 Kaye (2005: 475) opina que no existe mayor implicación filosófica en la enunciación de este factor puesto que el uso que hizo la Corte de la literatura correspondiente es parte de su práctica retórica. Según él, tradicionalmente este órgano ha manifestado una inclinación por usar literatura de muy diversas áreas del conocimiento con el objetivo de fundar sus decisiones. En todo caso, parece que las referencias de este tipo no son extrañas en los tribunales del *common law*, Edmond y Mercer (2002: 346) hacen una recopilación de algunos filósofos, sociólogos e historiadores de la ciencia que han sido citados por diversos tribunales federales en Estados Unidos.

33 A diferencia de Popper, Hempel no estuvo interesado en ofrecer ningún criterio de demarcación entre la ciencia y la no-ciencia y “*testable*” para él era “potencialmente confirmable”. Pero la idea *hempeliana* tampoco parece muy acertado, no sólo porque tal confirmación es tentativa o provisoria, sino porque es demasiado simple para aplicarse a las categorías tan complejas como las pruebas epidemiológicas, toxicológicas, etc., que estaban en juego en un caso como Daubert (Haack, 2005: S68).

34 Con “*metafísico*”, Popper hace referencia explícita a lo que él identifica como las *disciplinas no científicas* (v.gr la historia) y las *pseudociencias* (v.gr la teoría del psicoanálisis). Sin embargo, sostuvo (1934: 34) que el hecho

cación “ha de considerarse como una propuesta para un acuerdo o convención” que permita “formular una caracterización apropiada de la ciencia empírica... de tal manera que, ante un sistema de enunciados, seamos capaces de decir si es asunto de la ciencia empírica el estudiarlo más de cerca.” Así, hay que enfatizar que su interés radicaba en diferenciar las ciencias *empíricas*, más concretamente los enunciados empíricos o pertenecientes a las ciencias empíricas (1972: 311); pero, sobretodo, que se trataría de una mera convención.

Con estos presupuestos, el criterio de demarcación popperiano es la falsabilidad, testabilidad o refutabilidad: las teorías científicas se caracterizarían por su *capacidad* para resistir contrastaciones, por la *posibilidad* de ser refutadas mediante enunciados contrastadores. Así, dicho criterio se refiere a la posibilidad de ser falsable, a la *posibilidad abstracta* de que una hipótesis sea sometida a algún test o prueba que pudiera mostrar su falsedad:

todo científico que afirme que su teoría es corroborada por medio de algún experimento o de cierta(s) observación(es), debería estar dispuesto a formularse la siguiente pregunta: ¿puedo describir algún resultado posible de observación o de experimento que, si realmente se lograra, refutase mi teoría? (Popper, 1972: 92).

Sólo aquel enunciado o sistema de enunciados que pudieran entrar en conflicto con observaciones podría, pues, según Popper, ser científico. Como él mismo afirmó, hay grados de testabilidad, i.e., algunas teorías se exponen a las refutaciones más audazmente que otras (1972: 313). Por ello, el criterio de demarcación popperiano no sería categórico, sino gradual.³⁵

Entiéndase bien, un criterio de demarcación como éste no requiere cierto tipo de justificación epistémica *vigente*, para lo cual sería necesario algún tipo de juicio retrospectivo sobre la hipótesis o la teoría o la afirmación respectiva, sino que sólo se compromete con algún tipo de *potencial* sometimiento a test. Entonces una teoría resultaría científica aun cuando no se le haya sometido a prueba alguna o bien haya sido sometida aunque no la hubiese superado. Por ello, si la pretensión de la Corte era fundamentar la demarcación entre la ciencia y la no-ciencia, su apelación a Popper en el ámbito probatorio podría tener como consecuencia que una prueba que bajo dicho criterio fuera considerada científica debiera ser admitida como tal aun cuando sea falsa y/o cuando ni siquiera se tenga información sobre si de hecho superó (o no) los test a los que fue sometida en el área de conocimiento correspondiente.³⁶

de que una teoría no sea científica no significa que carezca de importancia o de valor. Es más, llegó a afirmar que casi todas las ciencias tenían un pasado metafísico (1980: 522), es decir, especulativo o cuya operación radicaba fundamentalmente en anticipaciones mentales (1972: 312).

Tampoco puede dejarse de lado un problema señalado, entre otros, por Laudan (1983: 119): la demarcación entre la ciencia y la no-ciencia ha sido típicamente usada como “*machines de guerre* en polémicas batallas entre campos [de conocimiento] rivales”. En la misma línea Lakatos (1973) señala: “El problema de la demarcación entre la ciencia y la pseudociencia tiene graves consecuencias también para la institucionalización de la crítica. La teoría de Copérnico fue prohibida por la Iglesia Católica en 1616 porque la consideró pseudocientífica. Fue sacada de ese categoría en 1820 porque en ese momento la Iglesia juzgó que los hechos habían sido probados y, por tanto, devino científica. El Comité Central del Partido Comunista Soviético en 1949 declaró la genética mendeliana como pseudocientífica y algunos de sus defensores, como el académico Vavilov, murieron en los campos de concentración; después del asesinato de Vavilov, la genética mendeliana fue rehabilitada; pero se mantuvo el derecho del Partido a decidir qué es ciencia y publicable y que es pseudociencia y punible. El nuevo *establishment* liberal del este también ejercía el derecho de coartar la libertad de expresión en lo que consideraba como pseudociencia. Todos esos juicios estaban inevitablemente fundados en alguna suerte de criterio de demarcación. Y esto explica por qué el problema de la demarcación entre la ciencia y la pseudociencia no es un pseudoproblema de filósofos de escritorio: tiene graves consecuencias éticas y políticas.”

35 Precisamente este supuesto carácter gradual implica un primer problema para que la falsabilidad pueda funcionar como criterio de demarcación de la ciencia y la no-ciencia.

36 Peor aún, la filosofía de la ciencia de Popper resulta inadecuada para lo que se pretende porque él explícitamente afirma que el grado de corroboración de una teoría no dice nada acerca de su ‘fiabilidad’, pero además para él (1972: 29 a 34) que una teoría hubiese sido corroborada, incluso ampliamente, nada dice sobre su verdad, ni siquiera

Por otro lado, la cita de Popper quizá podría reconstruirse con el giro que también se ha señalado en su propia teoría, i.e. cambiando la “cientificidad” por el “carácter empírico” de los enunciados. Así, jurídicamente entonces diríamos que una prueba científica debería admitirse cuando pueda tenerse información *empírica* sobre su verdad o falsedad.³⁷ Sin embargo, como bien señala Haack (2013: 171) considerar si el testimonio ofrecido ha sido sometido a alguna prueba es un buen criterio cuando el supuesto experto no ha hecho esfuerzo alguno para comprobar y/o demostrar la solidez de sus afirmaciones. En este sentido, serviría como una especie de recordatorio para que los jueces, en el hipotético caso de lo que no lo hubiesen considerado, exijan al perito que fundamente *empíricamente* sus afirmaciones.³⁸

Así pues, si el objetivo que se proponía la Corte era asegurar de alguna manera la entrada de conocimiento científico firme o sólido, lo que es una exigencia más fuerte que la mera susceptibilidad a la falsación, la teoría popperiana no es precisamente un fundamento adecuado para ello. Pero, ¿cuál hubiese sido una concepción adecuada al respecto?

En la historia de la filosofía de la ciencia se han ofrecido criterios de demarcación muy variados, ninguno de los cuales ha sido predominante y muchos de los cuales se han demostrado insostenibles. Entre otras cuestiones, ello ha llevado a varios filósofos de la ciencia a sostener que la preocupación por especificar el método o aquello que distingue a la actividad científica de otras actividades es inútil dado que no existe una distinción tajante entre la ciencia y la no-ciencia; mucho menos que hay algo que distinga cualitativamente de forma superior a todas las ciencias y sólo a las ciencias. Si esto es así, entonces, ninguna filosofía de la ciencia podría ofrecer criterios válidos para distinguir la pretendida genuinidad científica (Laudan, 1977 y Haack, 2007: 251). En todo este amplio y complejo panorama, ¿*jurídicamente* cuál sería la opción?³⁹ ¿que un tribunal, o el propio legislador, terminara *decidiendo* disputas filosóficas o científicas?

En mi opinión, no es necesario si quiera entrar a discutir cuestiones sobre la científicidad. Si observamos mínimamente el funcionamiento real de la empresa científica, parece claro que dentro de la ciencia hay una gran heterogeneidad epistémica, algunas técnicas son más o menos fiables, algunas teorías están más o menos sustentadas, etc.; pero, además, no sólo lo científico es fiable. Y tal estado de cosas es oscurecido por simples etiquetas como “científico”, “no-científico”, “buena ciencia” o “mala ciencia”, escondiendo con ellas los importantes detalles sobre la información disponible respecto la calidad de aquello que los jueces tienen que valorar. Con independencia de si “X” puede ser calificado de científico, o con independencia de aquello que en filosofía de la ciencia se decida sobre la científicidad, jurídicamente lo fundamental es pues la información sobre el funcionamiento actual de los métodos y las técnicas empleadas y, por supuesto, su correcta aplicación a los hechos del caso concreto.

sobre su probabilidad. Y el grado corroboración en un tiempo dado depende del número y la severidad de los test a los que fue sometida para falsarla, por lo que la corroboración es estrictamente un reporte del pasado.

37 El problema que surge aquí, al menos al interior de la teoría de Popper, es que utilizaba el término “prueba” (e “investigación” y “conocimiento”) sin referencia alguna a la verdad (Haack, 1993: 97).

38 Empíricamente, no teóricamente, es decir, no se trata sólo de que los peritos *expliquen* sus supuestos fundamentos sino que presenten *información empírica* sobre el funcionamiento actual de lo que afirman. Sobre este punto, véase Vázquez (2015: 198 ss).

39 Entonces posiblemente surgiría un cuestionamiento del tipo ¿qué podría pedir y/o “necesitar” el derecho de la filosofía de la ciencia para el tratamiento de la prueba científica, ¿una descripción de lo que hacen los científicos? o ¿una serie de pautas de lo que deberían hacer los científicos? Este cuestionamiento se presenta en una de las críticas planteadas por Allen (1994:1171) a la supuesta adopción de Popper en Daubert, con el argumento de que la filosofía popperiana es una teoría descriptiva inadecuada de la actividad científica; por cierto, una crítica inadecuada para Popper porque su pretensión teórica era normativa.

4.2. Las publicaciones y la evaluación por pares

En un trabajo sumamente interesante sobre la evaluación por pares y las publicaciones científicas, Haack (2015: 16) distingue un sentido amplio y un sentido estricto de “evaluación por pares”. En sentido amplio hace referencia a una discusión académica de las ideas presentadas por un experto ante una colectividad científica específica, por ejemplo, en congresos, seminarios, coloquios o incluso entre los compañeros de laboratorio o departamento; mientras que en sentido estricto hace referencia a una evaluación más formal de trabajos escritos para determinar, *bajo determinados parámetros*, su publicación en alguna casa editorial o revista académica.

Si tomamos en cuenta únicamente el sentido estricto de la evaluación por pares, el punto quizá clave a discutir es precisamente lo parámetros usados en la revisión para la publicación. Entre los estándares de aceptación que forman parte de las prácticas editoriales, supuestamente además de la corrección del mismo, suele aludirse a la originalidad del trabajo, su utilidad, las referencias usadas y un largo etcétera;⁴⁰ mismos que, desde luego, llevados a la práctica varían ampliamente de un campo a otro, de una revista o editorial a otra y de un revisor a otro.

Aun sin profundizar en todo lo anterior, es posible inferir a partir de ello que la evaluación por pares y/o la publicación no pueden considerarse como un indicador *consistente* de la calidad de la teoría o técnica publicada; así pues, el *hecho* de la publicación en sí mismo no es informativo sobre la calidad de lo afirmado en ella.⁴¹ En términos generales, un mejor uso de este azaroso factor exigiría tener más información sobre el proceso concreto que ha superado determinado trabajo para su publicación: cuáles son los criterios que se observaron para decidir la publicación, quiénes fueron los revisores, qué historial tiene la revista, y un largo etcétera. Pero, aun suponiendo que todo el proceso ha ido bien, ¿es relevante en sí mismo haber pasado la revisión por pares?

En un escenario ideal, tal revisión serviría como filtro de los buenos trabajos, permitiría revelar errores o incluso abonaría a la corrección de errores. Lamentablemente, parece que estamos lejos de ese ideal, aún así podemos seguir encontrando la potencialidad de la revisión para la publicación o la publicación, no en sí misma o en su proceso, sino *después* de la publicación. Si las publicaciones son una dinámica epistemológicamente adecuada para el buen desempeño de la empresa científica, lo son porque hacen públicas las ideas, las pruebas, las investigaciones, etc. que terminan siendo filtradas, revisadas y, en su caso, aceptadas por la comunidad experta en general.⁴² Así pues, es lo que sucede después de la publicación lo que nos brinda más y mejor información sobre la calidad de lo afirmado en ésta: ¿qué críticas ha recibido la publicación en cuestión, revelando, por ejemplo, errores o defectos metodológicos?, ¿existen otras publicaciones confirmando, por ejemplo, los experimentos realizados?, etc.

40 Chan (1995:120), por ejemplo, cita cuatro preguntas básicas que deben responder los *reviewers* de la revista biomédica *JAVA*: ¿es válida la metodología descrita?, ¿las conclusiones son razonables?, ¿el material es original? y ¿es importante la información?

41 Como en el propio caso *Daubert*, donde se otorgó toda la fiabilidad a las 30 publicaciones presentadas por el experto de Merrell Dow sin analizar previamente su calidad o prestigio, los datos o procedimientos subyacentes a las conclusiones de los autores, o los criterios editoriales que se observaron para su publicación.

Pueden consultarse diversos procesos estadounidenses donde los órganos jurisdiccionales han discutido ampliamente el impacto de la evaluación por pares para la publicación en la fiabilidad probatoria en Kiely (2002: 85 a 104). Y, en Haack (2015) pueden encontrarse varias referencias de los diversos casos en que se vio involucrada la farmacéutica *Merrell Dow*, las publicaciones que presentó como prueba y sus grandes deficiencias.

42 Con el tiempo y la dinámica científica, sólo una ínfima parte de los millones de publicaciones actualmente existentes serán libros o artículos de referencia *del futuro* (Bauer, 1992: 45). Y, por cierto, esa información de referencia tal vez nunca llegue a entrar en los procesos judiciales precisamente por su grado de probabilidad o quizá llegará a entrar en algún proceso judicial pero como un “hecho notorio” y no como una prueba pericial.

Ahora bien, todo lo anterior, evidentemente, tiene lugar al interior del área de conocimiento misma, son los propios expertos quienes tienen un mejor acceso a esta información y quienes son capaces de valorar las consecuencias respectivas. Pero, ¿es útil para la valoración judicial de la calidad de las pruebas periciales?

Supongamos que tenemos un artículo como el 422 del Código de Procedimiento Penal colombiano que exige “que la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad científica”. Para iniciar, tenemos un problema interpretativo, puesto que el artículo podría hacer referencia a que antes de la publicación se haya recibido *alguna* crítica de la comunidad científica; o que ésta se haya recibido a efecto de la publicación; o, incluso, que tal crítica haya sido posterior a la publicación. Pero, lo más importante es ¿cómo podría un lego, como el juez, evaluar las consecuencias de tales críticas para las afirmaciones del experto?

No hay una respuesta única y/o definitiva para la pregunta anterior, dependerá de varias cuestiones, entre ellas, por ejemplo, de la complejidad del conocimiento experto en juego y/o del resto de información disponible en el caso que le sea útil al juzgador para poner en contexto la crítica respectiva, etc. Lo que muestra cómo un criterio como la publicación o la revisión por pares, aunque no sólo éste, tiene que ir acompañado de herramientas o mecanismos que permitan al juzgador explotarlo, entre ellos la práctica de las pruebas en contradicción o el careo entre los expertos. Mediante éstos el juez tendrá mayores posibilidades de comprender los alcances reales del hecho de que el método, la técnica o, en general, el conocimiento experto subyacente a una prueba pericial haya sido publicado o revisado por la comunidad experta.

4.3. El rango de error

Este tercer factor Daubert es, en mi opinión, sumamente novedoso en el ámbito probatorio y permitiría solucionar *algunos* de los problemas del razonamiento judicial respecto de *algunas* pruebas periciales mediante el uso de la ratio de errores, esto, a través de estimaciones *cuantitativas* de fiabilidad en términos de frecuencias de errores, con fundamento en cierto tipo de frecuencias objetivas. Lo que implica, desde luego, centrarse en los errores y aprender de ellos.⁴³

Hay dos tipos de error, los falsos positivos y los falsos negativos. Si usamos como ejemplo la identificación de las huellas dactilares, un falso positivo ocurriría si mediante una técnica concreta se concluye que dos huellas tienen una misma fuente pero, de hecho, no la tienen; y un falso negativo ocurre si mediante la técnica concreta en cuestión se concluye que las dos huellas no tienen una misma fuente cuando, de hecho, sí la tienen.⁴⁴ Para obtener la ratio respectiva habría que hacer una operación consistente en dividir los falsos positivos entre el número de muestras comparadas que tienen fuentes diferentes; y los falsos negativos entre el número de muestras comparadas que tienen

43 Hay al menos dos formas de aprender de los errores, haciendo estudios empíricos sobre cuánto suceden y, de forma más amplia, identificando cómo suceden. Aquí me referiré específicamente a la primera cuestión, pese a que la segunda es también en suma relevante. Como afirma Mayo (1996: xii), en el contexto del conocimiento experimental, conviene “aprender cuáles son los diferentes tipos de error, qué es lo que específicamente se aprende cuando se reconoce un error, cómo se identifica precisamente cuándo es culposo, cómo crece nuestra habilidad para detectar y corregir errores, y cómo está relacionado este conocimiento con el crecimiento del conocimiento científico”. O, en el propio contexto de las pruebas periciales, la *National Academy of Science* (2009: 188) estadounidense en su *Report on Forensic Science* afirma: “una agenda de investigación completa debe incluir estudios para establecer las fortalezas y limitaciones de cada procedimiento, fuentes de sesgos y variación, cuantificación de las incertezas creadas por estas fuentes, mediciones del rendimiento, los pasos procedimentales en el proceso de analizar pruebas forenses y los métodos para continuar monitoreando y mejorando los pasos de tal proceso.”

44 Un recién estudio empírico al respecto es el de Pacheco, Cerchiai y Stoiloff (2014).

fuentes coincidentes. Obsérvese que la ratio de errores de la que hablo es una medición realizada sobre *una técnica* empleada por diversos sujetos, no sobre diversas técnicas y, sobretudo, no respecto el uso que hace cada uno de esos sujetos de la técnica en análisis (aunque esto también podría llevarse a cabo, es comprensible que las áreas de conocimiento no se ocupen de ello).

El tipo de datos al que se alude tiene, desde luego, el problema que sufre toda hipótesis probabilística, la relación entre el caso concreto y la clase de referencia en juego. Por ello, una cosa es la información general que se obtenga sobre una técnica específica y otra muy distinta la forma en que dicha técnica sea empleada en los casos concretos; pero tener la primera, como veremos, permitiría una valoración judicial adecuada de la segunda.

El tipo de información empírica en comento sobre los métodos empleados en un área del conocimiento muchas veces se desconoce o directamente no se tiene, de modo que la única información sobre su fiabilidad parecería ser el hecho de que se ha usado de forma continuada en contextos específicos, como el propio proceso judicial. Un hecho que en sí mismo nada dice sobre la fiabilidad de una técnica, es perfectamente posible que en muchos de nuestros sistemas jurídicos estemos haciendo uso de técnicas cuyo funcionamiento real desconozcamos y sólo lo presupongamos. Entiéndase bien, no se trata de una *atribución jurídica* de fiabilidad: el derecho tiene poco o nada que hacer directamente al respecto (más allá de incentivar la obtención de información relevante)⁴⁵, es una tarea empírica que corresponde fundamentalmente a las áreas de conocimiento que tienen o pretenden tener un rol en los procesos judiciales.

Pero, una vez que se tiene dicha información, corresponde discutir el manejo jurídico de ésta. Me estoy refiriendo básicamente al tipo de decisiones jurídico-políticas que se pueden (y deben) tomar una vez se cuenta con tal información. Un sencillo ejemplo español sobre los rangos de error de los radares puede ser ilustrativo: en España se *reconoce* normativamente cierto rango de error respecto a los radares que miden la velocidad a la que circulan los automóviles, distinguiéndose entre los cinemómetros estáticos y los móviles y previendo una ratio de error máxima del 4% y del 7% respectivamente.

Lo anterior no sólo quiere decir que cualquier radar que se pretenda instalar debe satisfacer estos porcentajes, sino sobretudo que tales porcentajes son presupuestos a la hora de identificar la velocidad con la que transita un vehículo. Es decir, una vez confirmado que un radar cumplía con los controles de verificación periódica y se encontraba calibrado, si éste registra que X circulaba a una velocidad de 125 km/h en una autopista, un margen de error del 4% se traduce como “la velocidad a la que circulaba X oscilaba aproximadamente entre los 120 km/h y los 130 km/h”. Por supuesto, la primera discusión es qué elementos tuvo en cuenta el legislador para establecer genéricamente el 4% y el 7% como rangos de error, respondiendo a cuestiones del tipo: ¿qué probabilidad de error resulta jurídicamente aceptable?⁴⁶ Pero otra discusión, atinente al caso concreto, es qué hacemos con el rango de duda existente. Si estamos en el ámbito penal, constituyéndose un delito contra la seguridad del tráfico, por ejemplo, ese margen de duda sobre si un vehículo realmente excedió la velocidad permitida podría hacer que el caso se resuelva a favor del acusado por el principio de presunción de inocencia.

Hay una cuestión presupuesta en todo lo dicho anteriormente y que vale la pena explicitar antes de terminar este epígrafe y es que ninguna técnica o método es infalible,

45 Sobre todo, por ejemplo, en aquellas técnicas forenses que “cobran vida” casi exclusivamente en el contexto procesal, por lo que parece aun más justificado exigir que se lleven a cabo el tipo de investigaciones que permita recabar información sobre los errores de los métodos o técnicas que emplean.

46 A ello alude, por ejemplo, Rakoff (2008: 1379) cuando dice que un 13% de rango de error de los polígrafos, que es el porcentaje aducido por algunos estudiosos del tema, es insuficiente para justificar su admisibilidad como prueba.

todos tienen un rango de error, incluso la prueba de ADN, que a día de hoy es la más fiable. Siendo así las cosas, hay que decidir jurídicamente sobre los rangos de error tanto para la admisibilidad de pruebas, i.e., qué rango de error es adecuado para admitir un tipo de pruebas periciales en el proceso judicial; pero también en la valoración de éstas, es decir, con qué rango de error resulta compatible un estándar de prueba. Y en ese proceso, como bien afirma Schauer (2009: 1191ss):

La ciencia puede decirnos que un proceso científico concreto tiene, digamos, un 12% de tasa de error (o tasas específicas de errores del tipo I y del tipo II o falsos positivos y falsos negativos). Y los científicos deben decidir para sus propios propósitos científicos si tales tasas son suficientes, por ejemplo, para afirmar que algo es el caso, concluir que un resultado es adecuado para publicar o para considerar un proyecto de investigación lo suficientemente prometedor para renovar un financiamiento. Pero si tal tasa de error es suficiente para que un juzgador de los hechos envíe a alguien a prisión, lo exonere de la cárcel, justifique una orden judicial o impute daños, no es en sí misma una cuestión científica.

Sólo queda enfatizar que ésta es una cuestión jurídica, es decir, una decisión que debe tomarse atendiendo a los objetivos del derecho.

Hasta aquí he planteado problemas específicos de cada uno de los criterios que conforman Daubert. Aunado a ello, podrían discutirse diversas combinaciones de tales criterios a efectos de tener información suficiente sobre la calidad de las pruebas periciales. También podrían analizarse otros criterios considerados en el propio contexto estadounidense para, de alguna manera, complementar Daubert. Sin embargo, dado el espacio de este artículo, me parece más relevante dedicar las últimas páginas a plantear ciertos argumentos para restringir la admisión de pruebas periciales atendiendo a su calidad y las características de los criterios que deberían jugar a efectos de valorar tales pruebas en cualquier etapa procesal.

5. ADMISIBILIDAD Y CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL

Con independencia de la corrección y/o utilidad de los criterios específicos de *Daubert*, esta parte de la experiencia estadounidense con la prueba pericial ha logrado llamar la atención sobre la etapa de admisión como posible filtro de la calidad de la información experta que entrará al proceso judicial, no dejando esta tarea para la etapa de valoración propiamente, como tradicionalmente sucede en nuestros sistemas.⁴⁷ En un escenario así, vale la pena plantearse dos cuestiones generales: la justificación de una admisión más rígida y el tipo de criterios atinentes sobre la calidad de las pruebas periciales. Veamos cada una de éstas de forma separada.

Hay al menos dos líneas argumentativas que podrían ser discutidas si para la admisión de una prueba pericial se pretende exigir a las partes que muestren no sólo su relevancia sino también su fiabilidad: evitar la contaminación del juzgador de los hechos y cuestiones de economía procesal.

Para abordar adecuadamente el argumento de la contaminación, primero es indispensable pensar en al menos dos posibles escenarios en los que pudieran desarrollarse las diferentes etapas procesales en atención a cuántos decisores participan. Así, como sucede en el sistema estadounidense, podría darse el caso de que hubiera un agente que decide la admisión de pruebas diferente al agente que valora el conjunto de pruebas,

⁴⁷ A partir de *Daubert*, es un objetivo que se ha venido planteando que se debería adoptar. Por ejemplo, en la literatura española encontramos la sugerencia de Gascón, Lucena y González (2010: 12) sosteniendo que “junto al control de admisibilidad procesal (pertinencia, necesidad y legalidad) hay que agregar otro de admisibilidad científica (validez científica)”.

filtradas por el primero, para tomar la decisión sobre los hechos del caso. Por el contrario, el otro escenario, tradicional en nuestros sistemas, es un solo agente que decide ambas cuestiones, la admisión de las pruebas y su valoración. Hay quienes, en el primer escenario, presuponiendo cierta incapacidad del juzgador de los hechos, plantean que el rol del juez de la causa es excluir pruebas periciales de baja calidad para evitar una persuasión irracional de aquél, sobretodo cuando se trata de un jurado lego; sin embargo, dada la falta de información empírica al respecto, dejaré de lado ese argumento.⁴⁸ En mi opinión, el problema de la contaminación del juzgador de los hechos tiene que ver más con otra cuestión relacionada con el funcionamiento intelectual del ser humano, no específicamente relacionado con las pruebas periciales. Y es que aun cuando algunas veces somos conscientes de nuestras parcialidades cognitivas, otras veces *no* lo somos y éstas directamente “nos hacen ver” o valorar situaciones de una forma u otra, algunas veces de forma incluso no justificada. Para explicar mejor este punto quizá podamos tomar como ejemplo paradigmático la información obtenida mediante pruebas relevantes, fiables pero que al ser ilícitas el derecho exige excluirlas y no considerarlas en la toma de decisión. Un juez que sabe a través de tales pruebas que el acusado es culpable no siempre podrá controlar la influencia de tal conocimiento en aquello que ve y/o analiza *en el resto* de pruebas admitidas y practicadas, aun cuando consciente y voluntariamente quiera o intente hacerlo. Si esto es así, entonces, para evitar la contaminación del juzgador de los hechos, un mejor modelo sería precisamente aquél en el que un sujeto filtra la información *adecuada* con la que otro(s) decidirá(n). Así pues, el argumento de la contaminación del juzgador de los hechos podría funcionar para decidir entre un modelo con un agente decisor o al menos dos decisores; pero, esa contaminación no tiene que ver necesariamente con la calidad epistemológica de las pruebas, como lo muestra el caso de las pruebas ilícitas y mucho menos con las pruebas periciales en general y la supuesta incapacidad de los juzgadores para valorarlas racionalmente.

Por otro lado, el segundo argumento para el establecimiento de una etapa de admisión exigente, como he mencionado, está relacionado con la economía procesal y, más específicamente, con evitar la pérdida de recursos cognitivos, temporales y/o económicos cuando se cuestiona la calidad de las pruebas periciales ofrecidas y/o su suficiencia para probar los hechos del caso. Aquí también vale la pena dilucidar algunas características del sistema estadounidense, fundamentalmente el establecimiento de la llamada *burden of production* a las partes *a efectos de avanzar* a la siguiente etapa procesal, además de la *burden of persuasion*. Ésta última sería lo que en nuestra tradición identificamos como “carga de la prueba”, establece quién pierde el proceso judicial si después de practicadas todas las pruebas no hay elementos suficientes para que el juzgador de los hechos tenga por probados los hechos del caso, no ahondaré más en ello y me centraré en la primera, puesto que es el tema relevante para este punto.

La *burden of production* consiste en la exigencia a las partes de producir pruebas suficientes desde la presentación de la demanda (o contestación) sobre los hechos que consideran litigiosos *a efectos de* que el juez de la causa decida si dada la información conformada en esa etapa inicial (conocida como *pre-trial*) hay un caso que deba ser decidido por un jurado. El *quid* radica entonces en si la información disponible en el

48 Si tal incapacidad resultase verdadera, entonces se justificaría el ejercicio de un paternalismo epistémico por el juez de la causa mediante la exclusión de pruebas periciales cuya calidad sea dudosa, evitando cualquier contaminación del jurado del que se desconfiaba, protegiéndolo así de la formación de creencias equivocadas; aunque, claramente, la protección real y necesaria sería para las partes. Nótese que no se trataría de errores ocasionales, sino de una cuestión más bien sistemática e incluso predecible; por ello, son muchos los estudios empíricos realizados para comprobar tal incapacidad, sin embargo, los resultados han sido muy dispares, algunos de los cuales confirman la hipótesis mientras otros la niegan. Al respecto, véase Vázquez (2015: 140 ss).

pre-trial es suficiente como para que una persona racional pueda considerar que se alcanzan las exigencias probatorias establecidas por el estándar de prueba aplicable.⁴⁹ En caso negativo, entonces el juez de la causa resuelve el caso adoptando alguna de las *preclusive motions* previstas y el proceso termina antes de la completa práctica de todas las pruebas ante el jurado.

De hecho esto fue lo que sucedió en *Daubert*, la exclusión de las pruebas periciales presentadas por los demandantes, por cuestiones relacionadas con su calidad, supuso que éstos no satisficieran su *burden of production* sobre la relación causal entre la ingesta de Bendectin y las deformaciones congénitas; y, por ello, el caso terminó en esa etapa procesal, otorgándole a Merrell Dow una sentencia sumaria.⁵⁰ Esta dinámica procesal, en términos abstractos, adquiere total sentido a efectos de ahorrar recursos judiciales si el asunto no podrá ser decidido de una forma distinta *al nivel de prueba exigido* dada toda la información disponible en el caso. Sin embargo, el punto clave radica precisamente en cuánta información disponible existe en un proceso judicial para tomar una decisión como la que supone el establecimiento de cargas de producción de pruebas a las partes.

Para seguir con el argumento, es necesario tomar en consideración la *big picture* del sistema estadounidense, concretamente la suma de su adversarialismo, el *discovery*, los *pre-hearings* y la concentración del juicio oral en una sola audiencia. Y si bien es cierto que, *qua* sistema adversarial, las partes tienen el control de la información con la que se tomarán las decisiones, más importante aún es que tienen mecanismos para acceder a la información que consideran relevante para defender su caso⁵¹ y que ésta debe ser presentada no sólo resumidamente en la demanda (o la contestación) sino que es explicada en una audiencia ante el juez de la causa, quien tiene discrecionalidad para gestionar esta etapa procesal de manera tal que luego sea posible (fáctica y racionalmente) la concentración de todo el caso en una sola audiencia para su decisión final. Todos los mecanismos e incentivos anteriores, en su conjunto, suelen tener como resultado un cúmulo de información lo suficientemente amplio como para que el juez de la causa pueda decidir racionalmente la satisfacción de la carga de producción de pruebas y si el caso continúa o no a la siguiente etapa procesal.

¿Qué pasa en los sistemas con una dinámica diversa, donde no hay cargas de producción acompañadas por un mecanismo de descubrimiento de información relevante entre quienes tienen la facultad (y obligación) de presentar las pruebas o donde el ejercicio de las facultades probatorias del juez puede impactar seriamente en los plantea-

49 Una cuestión trascendental es, desde luego, conocer el estándar de prueba, pues sólo así el juez de la causa podrá decidir sobre el cumplimiento de la carga de producción de pruebas suficientes para la toma de decisión correspondiente. Ello, precisamente, resulta un problema en nuestros sistemas dada la falta de estas reglas de decisión. En este tema, una referencia obligada es Ferrer (2007).

50 En los procesos civiles estadounidenses el estándar de prueba es la preponderancia de las pruebas. En los casos donde estaba en juego la prueba de una causación específica, desde 1982 en el caso *Cook v. United States*, tal estándar se ha interpretado como “un incremento del riesgo en más del doble”. Es decir, si tomamos como ejemplo el caso *Daubert*, diríamos que se tenía que probar que la ingestión materna del Bendectin aumentó en más del doble la probabilidad de que los niños hubiesen nacido con defectos congénitos. Para un análisis muy detallado sobre estas cuestiones, véase Haack (2014).

51 Me refiero aquí fundamentalmente al llamado *discovery*, mediante el cual se obliga a las partes a revelar o mostrar la información con la que cada una cuenta para sustentar su caso (habría que decir cuándo deben revelarlo); lo que, evidentemente, abona a la completitud de la información disponible y la racionalidad de las decisiones que puedan tomar tanto las partes como los jueces.

Ahora bien, un punto interesante es que actualmente en pocos procesos se ejercita el *discovery* como tal; sin embargo, la revelación de al menos gran parte de la información entre las partes se ha convertido en la práctica cotidiana del sistema estadounidense, sobretudo en materia penal. Ello, por ejemplo, al menos en abstracto, imprime de racionalidad a los tan comunes acuerdos (*settlements*) entre las partes.

mientos o estrategias de defensa de las partes? La respuesta es, básicamente, que establecer una admisibilidad de pruebas rígida podría ser sumamente peligrosa, pudiendo potencialmente dejar sin prueba o sin caso a las partes. Y, si esto es así, el argumento de la economía procesal para hacer la admisibilidad probatoria más exigente se ve ampliamente mermado.

Por último, es necesario analizar ciertos aspectos generales sobre los criterios que pudieran adoptarse para valorar la calidad de la información experta, bien sea para su admisión en aquellos contextos en que tenga sentido o, en la etapa de valoración propiamente dicha. Uno de los problemas más serios que tienen los criterios Daubert en su conjunto es que su satisfacción sólo brindaría información previa e independiente a la aplicación de los conocimientos expertos en el caso concreto. Así, entonces, cierto fundamento de una *afirmación* realizada por el perito pudiera ser aceptado por la comunidad experta, pudiera tener rangos de error bajos o haber sido publicado en las mejores revistas y, aún así, haber sido mal-aplicado *en* el caso concreto. Por ello, evidentemente, para la atribución de cualquier valor probatorio a una prueba pericial es indispensable no sólo tener información sobre la calidad genérica de la información experta subyacente, sino también sobre cómo ésta fue observada y/o puesta en práctica en el análisis del caso que se está resolviendo.

Aunado a lo anterior, uno de los aspectos clave y, bajo mi punto de vista, más importantes a partir de la experiencia estadounidense es que el interés por la calidad de la información experta se deja de centrar únicamente en los peritos particulares para voltear a ver a las *comunidades* de expertos y el tipo de información que éstas pueden brindar al respecto.⁵² En cambio, tiene el problema de que al menos algunas veces parece haber sucumbido a la tentación de deferir completa y consistentemente en las comunidades expertas *con independencia* de los intereses jurídicos. El ejemplo más claro lo constituye el criterio de la aceptación general de la comunidad experta; si consideramos que la aceptación es contextual, una teoría o una técnica pudieran aceptarse *para* determinado objetivo o cuestión que haya supuesto una decisión sobre la suficiencia de la información con que se cuenta.⁵³

En este punto, es sumamente conveniente distinguir entre la deferencia a la autoridad teórica y la deferencia a la autoridad práctica, los expertos ameritan la primera cuando tienen fundamentos para decirnos qué hay *que creer* sobre una cuestión determinada dentro de su ámbito; en cambio, no hay fundamento alguno para que tales expertos nos digan *qué debemos hacer* en el ámbito jurídico-probatorio, es decir, no tienen autoridad práctica. Esto se traduce, básicamente, en que los expertos (o las comunidades expertas) no tienen autoridad para decir cuándo está probado jurídicamente un hecho, aunque digan cuándo lo está en sus respectivas áreas. Es sumamente relevante diferenciar estas cuestiones y tener lo suficientemente claros los criterios de toma de decisión respectiva. Por ello, en los sistemas donde no se tiene un estándar de prueba medianamente claro que establezca cuándo hay que tener por probados unos hechos, es mucho más potente el peligro de que los jueces terminen atribuyendo a los expertos la autoridad práctica que no deberían.

52 Incluso si, por ejemplo, las comunidades deberían directamente especificar los factores de fiabilidad conducentes; evidentemente, ello de ninguna manera debería suponer que éstas especifiquen cuándo están probados jurídicamente ciertos hechos. Tal consulta a las comunidades podría evitar, por ejemplo, una de las críticas más fuertes a *Daubert*, consistente en que tales criterios son propiamente de las llamadas ciencias duras y no son igualmente aplicables a otras áreas del conocimiento.

53 Por ejemplo, en la aviación las modificaciones que se pueden llegar a hacer en el motor de un avión pueden ser aceptadas si se trata de un avión militar y en cambio ser rechazadas para los aviones comerciales; o en la farmacología, los efectos de un químico pueden ser aceptados para continuar con la investigación en animales pero no para salir al mercado, etc.

Una última cuestión que los criterios Daubert descuidan son los desacuerdos entre los miembros de una comunidad de expertos o entre las comunidades de expertos; por el contrario, la parte de la experiencia estadounidense abordada enfatizó el rol del consenso en la comunidad científica. Más allá de lo ingenuo (y erróneo) que resulta pensar que *todos o casi todos* los miembros de la comunidad acuerdan *siempre*, por ejemplo, en el marco teórico aplicable o cómo aplicar los conocimientos teóricos en el caso concreto, una de las características más importantes en el progreso de la empresa científica, y del conocimiento en general, es precisamente la diversidad de posiciones y el debate acerca de éstas.⁵⁴ Así, es importante incorporar en la cultura jurídica la idea de los desacuerdos genuinos entre los expertos, que evidentemente no son resultado de cierta parcialidad derivada, por ejemplo, de su relación con las partes. Obviar estas cuestiones y abordar la prueba pericial únicamente desde el consenso supone que ni siquiera nos preocupemos por ofrecer a los juzgadores herramientas para abordar los desacuerdos, por no hablar de la información que perdemos al no interesarnos por los fundamentos de éstos, cuando pueden ser relevantes para la decisión en cuestión.

Entonces, más allá de especificar un listado de criterios de valoración de las pruebas periciales, todo lo anterior conduce a que a efectos de buscar tales criterios para valorar los muy distintos tipos de pruebas periciales, debe tenerse presente el ejercicio de la *expertise* en el caso concreto, las consideraciones sustantivas de las comunidades expertas sin perder de vista los intereses jurídicos y que tanto el conocimiento científico en particular como el experto en general son susceptibles no sólo de errores sino también de desacuerdos genuinos.

6. CONCLUSIONES

Después de Daubert, la Suprema Corte estadounidense se ha pronunciado en dos casos más sobre la admisibilidad de las pruebas periciales, conformando lo que se conoce como “la trilogía Daubert” o “Daubert y sus descendientes”. En el último de tales casos, *Kumho Tire Company v. Carmichael*, se determinó, precisamente, que no puede trazarse una división clara entre el conocimiento científico y otros tipos de conocimiento y, por ello, se argumentó, que la regulación estadounidense de la prueba pericial no diferenciaba entre “conocimiento científico”, “conocimiento técnico” u otro tipo de “conocimiento especializado”, sino que hacía énfasis en que todo tipo de *conocimiento* podía constituir una prueba pericial y que la calidad (o fiabilidad) de cualquier tipo de conocimiento sería controlada para su admisión. Aunado a ello, la Corte resolvió que los factores a considerar como indicadores de la fiabilidad de una prueba pericial dependían de las particulares circunstancias del caso concreto. En esta flexible interpretación sobre la enfatizada función de *gatekeeper* de los jueces de la causa, se subrayó que el objetivo es asegurarse que el experto usará ante los tribunales *el mismo grado de rigor intelectual usado en su práctica profesional*.

En general, cuando se habla de Daubert no se toman en cuenta estas otras decisiones de la Corte; pero lo importante, sobretodo fuera del sistema estadounidense, no es evidentemente si ésta lo dice o no. Como ya he dicho anteriormente, hay buenos argumentos extrajurídicos para evitar el criterio de la científicidad del conocimiento como sinónimo de fiabilidad del mismo. Si estamos interesados en la calidad de los fundamentos de las pruebas periciales, que éstas sean o no científicas por sí mismo nada nos dice al respecto y, en cambio, obscurece los verdaderos problemas para obtener

54 Sobre todo lo anterior, puede verse Vázquez (2015: 173 ss. y 255 ss.).

información relevante. Precisamente es en este contexto donde las comunidades expertas podrían jugar un rol mucho más sustantivo que aquel que, al menos en nuestros sistemas, suelen jugar (fundamentalmente participando en la conformación de listados de expertos dispuestos a peritar), no sólo brindándonos información empírica sobre el funcionamiento actual de sus técnicas, métodos, etc., sino informándonos sobre criterios adecuados a tener en cuenta para valorar la calidad de las afirmaciones realizadas por peritos individuales.

Por supuesto, es enriquecedor analizar lo que otros sistemas han hecho e intentar aprender de tal experiencia; sin embargo, así como no se puede trasplantar un órgano de un ser humano a otro sin un amplio y profundo análisis de los dos cuerpos en juego para saber su potencial compatibilidad, tampoco se puede trasladar sin más la experiencia de un sistema a otro. Y, desafortunadamente, en este punto muchos sistemas jurídicos sufren el gran problema de ignorar su funcionamiento real debido a la ausencia de análisis empíricos al respecto; quizá es precisamente en ello donde hace falta imitar al sistema estadounidense, que está constantemente preocupado por ello.

BIBLIOGRAFÍA

- Allen, R.J., 1994: "Expertise and the Daubert Decision", en *Journal of Criminal Law and Criminology*, no. 84.
- Allen, R.J., 2012: "The Conceptual Challenge of Expert Evidence". Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2141395
- Allen, R.J. y Pardo, M.S., 2003: "The Myth of the Law-Fact Distinction", en *Northwestern University Law Review*, vol. 97, no. 4
- Angell, M., 1996: *Science on Trial. The Clash of the Medical Evidence and the Law in the Breast Implant Case*, New York: W.W. Norton and Co.
- Bauer, H.H., 1992: *Scientific Literacy and the Myth of the Scientific Method*, Chicago: University of Illinois Press.
- Chan, E.J., 1995: "The 'Brave New World' of Daubert. True Peer Review, Editorial Peer Review and Scientific Validity", en *New York University Law Review*, no. 70.
- Denti, V., 1972: "Cientificidad de la prueba en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador". Citado por la traducción al castellano de Oñate L., S., en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, no. 2 – 3.
- Dwyer, D.M., 2008: *Judicial Assessment of Expert Evidence*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Edmond, G. y Mercer, D., 2002: "Conjectures and Exhumations: Citations of History, Philosophy and Sociology of Science in US Federal Courts", en *Cardozo Studies in Law and Literature*, no. 14.
- Faigman, D.L., 1999: *Legal Alchemy: The Use and Misuse of Science in the Law*, New York: W.H. Freeman and Company.
- Ferrer B., J., 2007: *La valoración racional de la prueba*, Barcelona: Marcial Pons.
- Gascón A., M.; Lucena Molina, J.J.; González Rodríguez, J. 2010: "Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica. Una argumentación multidisciplinaria", en *La Ley*, no. 5619.
- Giannelli, P.C., 1980: "The Admissibility of Novel Scientific Evidence: Frye v. United States, A Half – Century Later", en *Columbia Law Review*, no. 80.
- Giannelli, P.C. y Imwinkelried, E.J., 1999: *Scientific Evidence*, 3ª ed., II vols., Charlottesville, VA: Lexis Law Publishing.
- Haack, S., 1993: *Evidence and Inquiry: Towards Reconstruction in Epistemology*, Oxford: Blackwell Publishers.
- Haack, S., 2005: "Trial and Error: The Supreme Court's Philosophy of Science", en *American Journal of Public Health*, supplement 1.
- Haack, S., 2007: *Defending Science -Within reason. Between Scientism and Cynicism*, New York: Prometheus Books.

- Haack, S., 2013 *Putting Philosophy to Work. Inquiry and its Place in Culture* (expanded ed.), New York: Prometheus Books.
- Haack, S., 2014: "Risky Business". Citado por la traducción al castellano de Muffato, N.: "Asuntos arriesgados. Sobre la prueba estadística de la causación específica" en Papayannis, D. (ed.): *Causalidad y atribución de responsabilidad*, Madrid – Barcelona: Marcial Pons.
- Haack, S., 2015: "Peer Review and Publications: Lessons for Lawyers". Citado por la traducción al castellano de Vázquez, C., "Evaluación por pares y publicaciones", en DOXA, 38.
- Hempel, K., 1966: *Aspects of Scientific Explanation and Other Essays in The Philosophy of Science*, New York: The Free Press. Citado por la traducción al castellano de Frassinetti de Gallo, M.; Mínguez, N.; y Ruíz A., I., 2005: *La explicación científica. Estudios sobre la filosofía de la ciencia*, Barcelona: Paidós.
- Kaye, D.H., 2005: "On 'Falsification' and 'Falsifiability': The First Daubert Factor and the Philosophy of Science", en *Jurimetrics*, vol. 45.
- Kiely, T.F., 2002: "Science and Peer Review", en *Science and Litigation: Products Liability in Theory and Practice*, London: CRC Press.
- Lakatos, I., 1973: *Science and Pseudoscience*. Broadcast on 30 June 1973 as Programme 11 of The Open University Arts Course A303, 'Problems of Philosophy'. Disponible en: <http://www2.lse.ac.uk/philosophy/about/lakatos/scienceAndPseudoscience.aspx>
- Laudan, L., 1977: *Progress and its Problems*, University of California Press. Citado por la traducción al castellano de López Tapia, J., (1986): *El progreso y sus problemas. Hacia una teoría del progreso científico*, Madrid: Ed. Encuentro.
- Laudan, L., 1983: "The Demise of the Demarcation Problem", en Cohen y Laudan, L. (ed.): *Physics, Philosophy and Psychoanalysis*, Boston – Lancaster: Kluwer Academic Publishers.
- Mayo, D., 1996: *Error and the Growth of Experimental Knowledge*, Chicago: University of Chicago Press.
- National Academy of Science, 2009: *Strengthening Forensic Science in the United States*, Washington: The National Academy Press. Disponible en <http://www.nap.edu/catalog/12589.html>
- Nieva F., J., 2010: *La valoración de la prueba*, Barcelona: Marcial Pons.
- Pacheco, Igor; Cerchiai, Brian; y Stoiloff, Stephanie, 2014: *Miami-Dade Research Study for the Reliability of the ACE-V Process: Accuracy & Precision in Latent Fingerprint Examinations*, report submitted to the U.S. Department of Justice.
- Popper, K.R., 1934: *The Logic of Scientific Discovery*: Routledge. Citado por la traducción al castellano de Sánchez de Zavala, V., 2008: *La lógica de la investigación científica*, 2ª ed., Madrid: Tecnos.
- Popper, K.R., 1972: *Objective Knowledge. An Evolutionary Approach*, Oxford: Oxford University Press. Citado por la traducción al castellano de Solís Santos, C., 1974: *Conocimiento objetivo*, Madrid: Editorial Tecnos.
- Popper, K.R., 1980: *Die beiden Grundprobleme der Erkenntnistheorie. Aufgrund von Manuskripten aus den Jahren 1930 – 1933*, Mohr Siebeck. Citado por la traducción al castellano de Albisu Aparicio, M.A., 1998: *Los dos problemas fundamentales de la Epistemología (Basado en manuscritos de los años 1930 – 1933)*, Madrid: Tecnos.
- Quesada, D., 1998: *Saber, opinión y ciencia*, Barcelona: Ariel.
- Rakoff, J.S., 2008: "Science and the Law: Uncomfortable Bedfellows", en *Setton Hall Law Review*, vol. 38.
- Rivera Morales, R., 2011: *La prueba. Un análisis racional y práctico*, Madrid: Marcial Pons.
- Sanders, J., 1992: "The Bendectin Litigation: A Case Study in the Life Cycle of Mass Torts", en *Hastings Law Journal*, no. 43.
- Sanders, J., 1994: "Scientific Validity, Admissibility and Mass Torts after Daubert", en *Minnesota Law Review*, vol. 78.
- Schauer, F., 2010: "Can Bad Science be Good Evidence?", en *Cornell Law Review*, 95.
- Starrs, J.E., 1982: "'A Still-Life Watercolor': Frye v. United States," *Journal of Forensic Sciences*, JFSCA, vol. 27, no. 3.
- Tellus Institute, 2008: "Daubert: The Most Influential Supreme Court Ruling You've Never Heard Of", Publication of the Project on Scientific Knowledge and Public Policy. Disponible en: <http://defending-science.org/science-courts>

Vázquez R., C.,2015: De la prueba científica a la prueba pericial, Madrid: Marcial Pons.

Wicker, W., 1953: "The Polygraphic Truth Test and the Law of Evidence", en Tennessee Law Review, no. 22.

INTERNACIONAL

LA CRISIS Y LA RUPTURA DEL ORDEN DEMOCRÁTICO EN BRASIL (Sobre el ambiente político y los fundamentos de la imputación de delito de responsabilidad contra Dilma Rousseff)¹

Salo DE CARVALHO
Liana Cirne LINS

“Dilma, lástima que no te ahorcaran en el DOI-CODI”
(Pancarta en una marcha contra el Gobierno, agosto de 2015)

01. Escribir en medio de la tempestad. Existe una dificultad de cuño metodológico, perceptible por todos los especialistas sociales, para redactar un análisis sobre la crisis política y los ataques a los que se enfrenta la joven y frágil Democracia brasileña: estamos vivenciando esta experiencia y diariamente se nos cruzan nuevos hechos. El sentimiento que nos invade al plantear ese difícil esfuerzo crítico de interpretar eventos que están siendo experimentados es el de que las palabras se desmigán a cada línea, de que somos atropellados constantemente por el tiempo, en un tiempo en el que la política parece simplemente un ejercicio alucinante de poder. Empezar exponiendo esa sensación es para nosotros el compromiso ético de mostrar al lector la complejidad de la falta del necesario distanciamiento histórico y político. Sin embargo, por otro lado, entendemos que el hecho de que estemos sumergidos en la crisis nos capacita para crear una especie de memoria de la actualidad que servirá, siguiendo la tradición del pensamiento crítico, como posibilidad de diagnóstico del tiempo presente.

En Brasil vivenciamos una disputa política que se traduce en una constante guerra de comunicados. En innumerables momentos se sobrepasan los límites mismos de la interpretación posible acerca de la crisis y se establecen como verdad lecturas absolutamente inverosímiles.

Empezamos la redacción de este texto un día después de que la Cámara de los Diputados aprobara por una significativa mayoría de votos la admisibilidad del proceso de

¹ Traducción de Carlos López Keller. En Brasil el “crime de responsabilidade” es un tipo penal específico en que pueden incurrir los agentes públicos y que permite acudir al impeachment. (N. del t., asesorado por el autor).

impeachment de la Presidente Dilma Rousseff. Terminamos el escrito con la Presidente apartada por el Senado.

Al aceptar la acusación que, según la mayoría de los parlamentarios, apunta a indicios de *delito de responsabilidad*, la Cámara de los Diputados, en un juicio preliminar, autorizó al Senado Federal a procesar y a juzgar a la Presidente. A partir de un análisis más “político” realizado por la Cámara baja, corresponderá al Senado la apreciación “jurídica” de los fundamentos de la imputación y de la configuración del delito imputado.

Con la autorización de la Cámara, el proceso se ha encaminado a su *locus* procesal. Primeramente los Senadores efectuaron un análisis formal del dictamen y aceptaron la denuncia contra Dilma, iniciando la instrucción procesal bajo la autoridad del Presidente del Tribunal Supremo Federal. Inicialmente el Senado se decidió por la separación de la Presidente por un plazo máximo de 180 días. La admisibilidad formal de la acusación y de la solicitud de apartamiento requirieron mayoría simple, situación que se altera al final de la instrucción, en el momento del juicio de impeachment en que es necesaria una mayoría cualificada de dos tercios para emitir sentencia condenatoria, y en consecuencia, apartar definitivamente del cargo a la Presidente.

Hoy el país está gobernado por el Vicepresidente, que en la primera semana ha alterado toda la estructura de los Ministerios e impuesto medidas económicas de austeridad. El Presidente interino asumió el cargo con fuertes críticas en el plano interno y en el internacional, y el primer día de ejercicio adoptó una serie de medidas polémicas: p. ej., nombró un Gobierno compuesto exclusivamente por hombres blancos; suprimió el Ministerio de Cultura, responsable de importantes políticas públicas de inclusión que reconocían manifestaciones culturales del Brasil profundo de matriz negra y quilombero. Igualmente polémico fué el nombramiento de siete ministros investigados en la “Operación Lava Jato” y la supresión de la Controladora General de la Unión², principal órgano responsable del combate contra la corrupción en el país.

En este momento, el país espera la decisión final acerca del proceso de impeachment, siendo la apuesta más probable la de la separación definitiva de la Presidenta elegida.

Relatado muy brevemente el actual escenario político y el rito del impeachment, creemos necesaria una breve contextualización antes de introducirnos en el debate sobre los fundamentos de la imputación de delito de responsabilidad, sobre todo para que el lector extranjero se sitúe en el ambiente jurídico y político brasileño de las últimas décadas.

02. Los escándalos de corrupción: “Mensalão” y “Lava Jato”. Desde 1994 el Partido de los Trabajadores (PT)³ y el Partido de la Social-Democracia Brasileña (PSDB)⁴ han polarizado las elecciones presidenciales brasileñas. En 1994 y 1998 Fernando Henrique Cardoso (FHC) derrotó a Lula. En 2002, Luiz Inácio “Lula” da Silva, candidato del PT, es elegido al derrotar al candidato del gobierno, José Serra, del PSDB. Es reelegido después del primer mandato (2006), derrotando al actual Gobernador de São Paulo Geraldo Alckmin, también del PSDB, con más del 60 % de los votos.

Por razón de que la Constitución solo permite una única reelección, en 2010 Dilma

2 La CGU fue convertida en Ministerio, perdiendo, según los críticos con la mutación, su autonomía frente a la Presidencia de la República.

3 Partido de los Trabajadores (PT) del campo de la izquierda, creado al final del periodo dictatorial, en el comienzo de los años 80, por ex-perseguidos políticos, sindicalistas, campesinos, intelectuales y representantes de las comunidades eclesíásticas de base, con una propuesta política de reducción de las profundas desigualdades sociales a través de cambios estructurales en la economía nacional.

4 Partido de la Social-Democracia Brasileña (PSDB), igualmente originario del campo de la izquierda, pero que a partir del Gobierno de Itamar Franco, cuando FHC asume el Ministerio de Hacienda en 1993, inicia un irreversible giro hacia la derecha al adherirse a las políticas neoliberales y asumir las expectativas políticas y económicas de las viejas oligarquías rurales y de las corporaciones de los ramos industriales, financieros y de comunicación en masa.

Rousseff es promovida candidata por el PT, con amplio apoyo de Lula. Dilma había sido Ministra de Minas y Energía y posteriormente Ministra Jefe de la Casa Civil de Lula, estando considerada por los cuadros del partido como persona de perfil eminentemente técnico y no político. En su primera elección Dilma vence a José Serra (PSDB) en una candidatura en que figura como Vicepresidente Michel Temer, del Partido del Movimiento Democrático Brasileño (PMDB). En las últimas elecciones, en una campaña política en extremo conflictiva, la misma candidatura Dilma-Temer vence al candidato del PSDB, el Senador Aécio Neves, en segunda vuelta, con el 51,64 % contra el 48,36 % de los votos válidos.

Más allá de las variables coyunturales que desde los años 90 polarizan la política nacional entre el PT y el PSDB —variables que al fin y al cabo reflejan el estado de cosas en que se encuentra la lucha de clases en Brasil en el periodo de post transición democrática— las elecciones generales de 2010 estuvieron marcadas por el debate sobre los escándalos de delitos contra la administración pública.

El caso *Mensalão* puede ser señalado como uno de los antecedentes directos de la crisis institucional que ha alcanzado al gobierno del PT. El proceso penal, juzgado por el Tribunal Supremo Federal (STF) en única instancia a lo largo del segundo semestre de 2012, se abrió para indagar la existencia de un esquema de corrupción vigente durante los mandatos del Presidente Lula (2003-2010), gestado por la alta cúpula del Gobierno federal y por la directiva nacional del PT. Según la acusación, a causa de la carencia de mayoría parlamentaria, agentes políticos vinculados al partido habrían organizado un sistema de “compra” de apoyo de partidos que pasarían a integrar la base del gobierno. A través del pago de gratificaciones mensuales (“mensalão”) los parlamentarios (“núcleo político”) estarían comprometidos a votar con el Gobierno en proyectos de ley de su interés. Los haberes se obtendrían a través de operaciones realizadas por agentes del “núcleo operacional” del esquema, que captarían recursos cerca de instituciones financieras y agencias de publicidad (“núcleo financiero”). Es interesante darse cuenta de que en la denuncia y durante la instrucción, el Ministerio Público refiere que esta práctica sería una reproducción del esquema instituido en el gobierno anterior, del Presidente Fernando Henrique Cardoso.⁵ El caso es extremadamente complejo, sobre todo en razón del volumen de datos que reúne el proceso —p. ej., solo la decisión (la íntegra), con los votos de los 11 Ministros, abarca 8.405 páginas. El resultado final fue la condena de 38 acusados por los delitos de corrupción (activa y pasiva), lavado de dinero, evasión de divisas y organización criminal. Las penas fueron bastante altas, algunas girando en torno a los 20 años de reclusión. Entre los condenados se destacan José Genoíno (Presidente Nacional del PT, a la sazón), José Dirceu (Ministro Jefe de la Casa Civil, entonces) y Delúbio Soares (Tesorero del Directorio Nacional del PT, igualmente), condenados por corrupción activa y formación de cuadrilla a penas que variaban entre los 6 y los 9 años de reclusión. José Genoíno y José Dirceu son figuras históricas de la izquierda nacional, habiendo actuado de forma bastante contundente en la resistencia al Golpe Civil-Militar

5 Algunos fragmentos de la decisión, que narran la hipótesis acusatoria, son esclarecedores en lo que atañe a la estructura y al origen del esquema.

“Según la acusación, los reos del núcleo político o central, con la intención de permanecer por largos años en el poder, habrían optado por utilizar mecanismos criminales ofrecidos por los reos de los núcleos publicitario y financiero, los cuales, según el Procurador General de la República, ya venían siendo practicados en el Estado de Minas Gerais, especialmente a partir del Gobierno del actual Senador Eduardo Brandão de Azeredo, del PSDB, cuya conducta está siendo analizada en la AP 536.

Los reos del llamado núcleo central —José Dirceu, José Genoíno y Delúbio Soares— según la denuncia recibida por este Plenario, habrían sido los responsables por organizar la cuadrilla encaminada a la compra de apoyo político a través de los votos de los parlamentarios. Ellos responden, en estos autos, a la acusación de delitos de formación de cuadrilla y corrupción activa.

de 1964, y sus condenas (sobre todo la de José Genoíno) fueron muy criticadas, señaladamente por razón de la ausencia de pruebas sustanciales que indicasen su vínculo directo con el esquema de corrupción. Innumerables teóricos del derecho nacionales señalaron el uso incorrecto de la teoría del dominio del hecho para definir la autoría de las conductas, lo que reveló un modelo de atribución de responsabilidad anclado fundamentalmente en la función y en los cargos desempeñados por los acusados, en una especie de actualización de modelos premodernos de responsabilidad penal objetiva.⁶

El segundo antecedente de la crisis política y de gobernabilidad que afectó al gobierno Rousseff fue la “Operación Lava Jato”. Se trata de una investigación en curso, con desdoblamientos en diversas intervenciones policiales y procesos penales, con distintas competencias para el juicio (Tribunal Supremo Federal, Tribunal Superior de Justicia y Justicia Federal de primera instancia), llevada a cabo por la Policía Federal y por el Ministerio Público Federal con el objeto de investigar un esquema de lavado de dinero que abarcaría billones de reales en sobrepagos desviados de Petrobrás. La operación es considerada como la mayor investigación de corrupción de la historia del país, y envuelve prácticamente a todos los partidos políticos nacionales, del Gobierno (PT), de la antigua base aliada (PMDB), e incluso de la oposición (PSDB). A título ilustrativo, en las innumerables delaciones efectuadas por los co-reos que fueron homologadas por el STF fueron nombrados como beneficiarios no solo los empresarios de las principales constructoras del país, sino también políticos de distintas asociaciones partidistas, entre ellos el ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva (PT) y el principal opositor del gobierno de Dilma Rousseff, el senador Aécio Neves (PSDB).

En general, las acusaciones describen un esquema de cobros de gratificaciones de contratistas y de proveedores para facilitar los más diversos negocios con Petrobras, desde construcciones y agrupaciones de refinerías, adquisición de productos (sondas, navíos) hasta contratación de servicios externalizados. Los contratistas, organizados en cártel y simulando concurrencias en procesos de licitación, tras vencer en debates fraudulentos volverían a pasar a través de operadores financieros (doleiros), premios para ejecutivos de la estatal y para agentes públicos del Ejecutivo y del Legislativo con el objeto de facilitar/garantizar contratos. Los importes de la corrupción variaban entre el 1 % y el 5 % de los contratos sobrefacturados. Según el Ministerio Público Federal, se habrían realizado negociaciones injustificadas, contratación de servicios innecesarios, firma de incrementos fraudulentos, a través de simulación o de supresión de trámites y trasiego de informaciones secretas, siempre con la imposición de valores excesivos, por encima de los puestos en práctica por el mercado. Los valores ilícitos reingresaban en el sistema financiero oficial (lavado de capitales) a través de simulaciones de servicios prestados por empresas reales o ficticias (laranjas) o eran enviados a cuentas no declaradas en el exterior (evasión de divisas). Se investigan, igualmente, diversas transferencias de dinero de contratistas, que habrían sido registradas oficialmente como “donaciones de campaña” para parlamentarios y sus partidos políticos. Innumerables casos

6 Sobre el uso inapropiado de la teoría del dominio del hecho, convertida, en la interpretación del TSF en una especie de *standard* probatorio, en sentido totalmente distinto de la función establecida por Roxin, creador de un modelo teórico para distinguir entre autor y partícipe, cotejese, sobre todo, Greco, Luís & Leite, Alaor. La “recepción” de las teorías del dominio del hecho y del dominio de la organización en el derecho penal económico brasileño: observaciones sobre las formas de intervención en el delito en la Acción Penal 470 del Tribunal Supremo Federal brasileño (“Caso Mensalão”) in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, v. 07-08, 2015, pp. 386-393. Greco, Luís & Leite, Alaor. Lo que es y lo que no es la teoría del dominio del hecho: sobre la distinción entre autor y partícipe en el derecho penal en Greco, Luís et alii. *Autoria como Domínio do Fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp.19-45. Leite, Alaor. Dominio del Hecho, Dominio de la Organización y Responsabilidad Penal por Hechos de Terceros: los conceptos de autor y partícipe en la AP 470 del Tribunal Supremo Federal en Greco, Luís et alii. *Autoria como Domínio do Fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 123-167.

están siendo investigados, según los privilegios de la función, en el STF (Ministros de Estado, Senadores y Diputados Federales) y en el STJ (Gobernadores y ex-Gobernadores de estados); otros, en los cuales los acusados no gozan de fuero privilegiado, están bajo la jurisdicción de la Justicia Federal de primer grado, y en varios las instrucciones probatorias concluyeron con sentencias penales condenatorias.⁷

03. “¿Por qué no mataron a todos en 1964?”: el ambiente y la cultura autoritarios en el Brasil contemporáneo. Un reportaje publicado por “The New York Times” edición del 12 de abril de 2016, sobre la votación del proceso de impeachment contra la Presidente Dilma Rousseff en la Comisión Especial de la Cámara de los Diputados, destacó: “se debe recordar que Dilma es una de las raras figuras políticas en Brasil que no se enfrentan a acusaciones de enriquecimiento personal ilícito.”⁸ Esta paradoja extrema debe ser claramente comprendida para tener una exacta dimensión del proceso de ruptura de la estabilidad democrática conquistada en las últimas décadas: los eventos de corrupción, expuestos cotidianamente por los medios y que escandalizaron al país, no son objeto de la acción de impeachment.

La ausencia de cualquier acusación de obtención de ventajas personales contra la Presidente y la inexistencia de cualesquiera hechos o indicios que la relacionen con los procesos de corrupción que han sacudido la credibilidad del gobierno del PT en los últimos años es un hecho central para tomar nota del escenario que envuelve al proceso de separación de Dilma Rousseff del cargo principal del Poder Ejecutivo brasileño. A propósito, es fundamental resaltar que existe un consenso en el país, entre los principales líderes políticos, de la izquierda y de la derecha, de que los casos “Mensalão” y “Lava Jato” deben ser, en función de su gravedad, investigados a fondo, y los implicados, responsabilizados conforme a la ley. Y las mismas figuras políticas coinciden igualmente en destacar, reforzando el reportaje de “The New York Times” que Dilma Rousseff no figura como sospechosa, investigada, procesada o condenada en ninguno de esos casos aparecidos en las noticias de la prensa nacional e internacional. La misma gran media plutocrática nacional, que viene desempeñando un papel clave en la desestabilización del gobierno a través de su apoyo explícito al impeachment, reconoce la inexistencia de elementos que puedan relacionar a Rousseff con casos de corrupción.

Ocurre, sin embargo, que el ambiente político brasileño ha alcanzado un nivel extremo de beligerancia que ha acabado por narcotizar a la opinión pública. Los escándalos de corrupción que envuelven a miembros de primer nivel del Gobierno, la recesión económica que ha alcanzado al país y la baja popularidad de Dilma Rousseff y del PT, aliados a la incesante propaganda política realizada por los grupos de la media oligárquica, son ingredientes explosivos que hacen que los componentes históricos autoritarios de raíces muy profundas emerjan en discursos y acciones de odio.

Innumerables intelectuales han señalado un proceso de radicalización autoritaria, de corte fascista, en el escenario político nacional, que se manifiesta sobre todo en las caricaturas, muy poco ingenuas, y en discursos moralistas de políticos extremistas de las filas evangélicas y militares.⁹

7 Una síntesis ilustrativa del caso se puede consultar en la página web del Ministério Público Federal brasileño: <http://lavajato.mpf.mp.br>.

8 “Ms. Rousseff is rare among major political figures in Brazil in that she has not faced accusations of illicit personal enrichment” (Romero Simon. Effort to impeach Brazilian President Dilma Rousseff Clears Congressional Panel en *The New York Times*, 11/04/16).

9 En el análisis de la emergencia de los discursos de odio en el Brasil contemporáneo, se destacan Márcia Tiburi, autora de la reciente obra “Como Conversar con un Fascista” (Rio de Janeiro: Record, 2005) y Eliane Brum. En sus blogs, las autoras construyen una especie de memoria crítica del presente denunciando las distintas graduaciones del fascismo contemporáneo (revistacult.uol.com.br/home/category/blog-marcia-tiburi e desacontecimentos.com).

Algunas imágenes parecen sintetizar esta profundización del pensamiento autoritario. El 16 de agosto de 2015 grupos de derecha con sólido apoyo de la prensa tradicional, convocaron una de las mayores manifestaciones contra el Gobierno Rousseff. El proceso de impeachment solo era todavía un deseo de las élites económicas, una posibilidad en un futuro incierto. En todo caso, fueron movilizados millares de personas que en las calles de todo el país gritaban “fuera Dilma”, “Lula a la cárcel”, “fuera el PT”, “abajo los corruPTos”, “basta de corrupción”. Hoy parece ser evidente que “es imposible marchar de forma convincente tras una pancarta de ‘contra la corrupción’ y ‘democracia’ cuando simultáneamente se trabaja para instalar en el poder a algunas de las figuras políticas más corruptas y antipáticas del país”¹⁰, en la precisa síntesis de David Miranda, de “The Guardian”.

De entre innumerables manifiestos, muchos defendiendo lo que se denominó eufemísticamente como “intervención militar constitucional”, dos pancartas llamaron la atención, sobre todo de los medios independientes: “¿por qué no mataron a todos en 1964?” y “Dilma, lástima que no te ahorcaran en el DOI-Codi”¹¹. Las pancartas hacían alusión directa y elogiosa a las torturas, las muertes y las desapariciones de presos políticos que ocurrieron durante el Golpe Civil-Militar. El DOI-Codi (Destacamento de Operaciones de Información – Centro de Operaciones de Defensa Interna), creado en 1969, fue el principal órgano de inteligencia y represión del gobierno brasileño durante el régimen militar, y en sus instalaciones se practicaron los más terribles actos de tortura y barbarie de la Dictadura. Habrían sido manifestaciones aisladas, con significado político difuso, si el día de la votación del impeachment el Diputado Jair Bolsonaro no hubiese sido aplaudido efusivamente por los demás congresistas al dedicar su voto favorable a la separación de la Presidente a la memoria del Coronel Brillhante Ustra. Ustra fue jefe del DOI-Codi y uno de los principales símbolos de la violencia practicada durante los años de plomo, hombre a quien se imputa la tortura de la propia Dilma Rousseff. Su hijo, Eduardo Bolsonaro, igualmente Diputado Federal, dedicó su voto a los “militares del 64”

Así, una parte significativa de los manifestantes “desfilaron como quien prefería que Dilma Rousseff hubiese sido ahorcada en el DOI a hacerle frente en la democracia”¹², en las palabras de Mário Magalhães.

Los elementos presentados y que componen el triste escenario de la política nacional contemporánea parecen indicar, como mínimo, la fragilidad de la democracia brasileña. Fragilidad que se materializará por la ausencia de elementos formales y materiales que justifiquen el proceso de impeachment contra Dilma Rousseff, y que demuestran una evidente ruptura del orden constitucional.

En ese cuadro cabe ahora demostrar la inexistencia de base jurídica (delito de responsabilidad) que sustente el apartamiento de la Presidente, situación que conduce a la política brasileña hacia una forma de golpe de Estado de nuevo tipo, explotado a partir de manipulaciones interpretativas de las categorías de los institutos jurídico-formales, conforme demuestran con precisión Geraldo Prado y Juarez Tavares: “las presiones para la “flexibilización de los mandatos presidenciales” a través de la ampliación de las hipótesis de juicio político, para abarcar situaciones que no se encuadran, taxativamente, en el Art. 85 de la Constitución —o aún para ampliar el concepto de “delito de responsabilidad”— atentan contra el significado de la protección constitucional al voto

10 Miranda, David. A Razão Real que os Inimigos de Dilma Rousseff querem seu Impeachment, en The Guardian, 22/04/16.

11 En este sentido, cotejar: www.pragmatismopolitico.com.br/2015/08/por-que-nao-mataram-todos-em-1964-porque-nao-mataram-todos-em-1964/;

www.pragmatismopolitico.com.br/2015/08/imagens-marcantes-protestos-de-domingo.

12 Magalhães, Mário. O Silêncio Cúmplice Aceita a Barbárie, en UOL Notícias, 18/08/15.

directo, secreto, universal y periódico.”¹³

04. La inexistencia de fundamento jurídico para el impeachment: las “pedaladas fiscales” y la expedición de decretos para la apertura de créditos suplementarios no constituyen delito de responsabilidad. El impeachment en Brasil tiene fundamento constitucional, alcanza a los jefes de gobierno municipal, estatal y federal, siendo en este último caso, por fuerza del régimen presidencialista, que se confunden las figuras de jefe del Gobierno y jefe del Estado.

Muchas son las críticas al régimen brasileño de impeachment, cuya Ley disciplinaria (Ley n. 1.079/50) se elaboró en un momento histórico de salida de un periodo dictatorial: el país pasaba por un fuerte debate acerca del parlamentarismo, y por tanto, estuvo influenciado por la adopción de frenos de este tipo.¹⁴ Hay quien afirma que nuestra legislación sobre la materia abarca lo peor de los dos mundos del presidencialismo y del parlamentarismo: “revolución electoral permanente y baja capacidad de gobernanza política del Ejecutivo por el Legislativo.”¹⁵

La Constitución brasileña establece como requisito para la separación, la comisión del delito de responsabilidad, otorgando competencia para el juicio al Senado Federal, tras la autorización de la Cámara de los Diputados.

En 02/12/2015 el entonces Presidente de la Cámara de los Diputados Eduardo Cunha (PMDB) — hoy suspendido de su mandato y de la función por decisión cautelar del Tribunal Supremo Federal por estar envuelto en la “Operación Lava Jato”¹⁶ — admitió la solicitud de impeachment presentada conforme a protocolo por partidos de la oposición. La explosión del proceso de impeachment tuvo lugar el mismo día en que Diputados del PT anunciaron que votarían contra Cunha en el Consejo de Ética de la Cámara, donde también es investigado por su participación en el escándalo de “Lava Jato”, motivo por el cual la decisión fue interpretada por numerosos sectores como una represalia política.¹⁷

En términos del Informe de la Presidencia de la Cámara de los Diputados, el proceso tiene por objeto: “seis Decretos firmados por la denunciada *en el ejercicio financiero de 2015* en desacuerdo con la LDO, y por tanto, sin autorización del Congreso Nacional. La emisión de esos Decretos no numerados, que supuestamente abrieron créditos suplementarios en desacuerdo con la ley presupuestaria, configura, en abstracto, los tipos penales previstos en los puntos 4 y 6 del art. 10 de la Ley n. 1.079/50. (...) Son igualmente relevantes las demás cuestiones que se refieren a la ley presupuestaria de este año (de 2015), especialmente la alegación de la reiteración en la práctica de las llamadas pedaladas fiscales, lo que, también en general, puede configurar delito de res-

13 Prado, Geraldo & Tavares, Juarez. Juicio Político: el caso brasileño y otros ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 25.

Prosiguen los autores: “Es en este sentido que Martínez arremete contra lo que denomina como ‘tergiversación jurídica’, que afecta a la seguridad jurídica del sistema democrático al permitir el empleo del ‘juicio político’ como un mecanismo de responsabilidad política, de control de la actuación cotidiana del presidente y termina por armar que se trata de un recurso inconstitucional. En Brasil la cuestión gana contornos más delicados dado el fenómeno que los científicos sociales observan, en relación a ‘actitudes ambivalentes ante la democracia’.” (en español en el original, n. del t.) (Prado, Geraldo & Tavares, Juarez. Juicio Político: el caso brasileño y otros ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 26).

Trabajo publicado este semestre por la editora Tirant lo Blanch (Valencia).

14 Galindo, Bruno. *Impeachment à Luz do Constitucionalismo Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 51 ss.

15 Queiroz, Rafael Mafei Rabelo. Impeachment e Lei de Crimes de Responsabilidade: o cavalo de troia parlamentarista en *Blogs do Estadão*, 18/12/15.

16 La decisión reconoce que la “actuación parlamentaria con aparente desvío de la finalidad y para el alcance de fines ilícitos” está fuertemente corroborada por la prueba acarreada a los autos (Tribunal Supremo Federal, Acción Cautelar 4.070/DF, Ponente Ministro Teori Zavascki, juicio en 04/05/2016).

17 Amorim, Felipe & Motomura, Marina. Eduardo Cunha aceita pedido de impeachment da oposição contra Dilma en *UOL Notícias*, 02/12/15.

ponsabilidad contra la ley presupuestaria (art. 85, VI, CF).¹⁸ (subrayamos).

Mientras tanto, debe resaltarse que la denuncia fue solo *parcialmente* aceptada, en los siguientes términos: “no se puede permitir la apertura de un proceso tan grave como es el proceso de impeachment con base en la *mera suposición* de que la Presidente de la República haya sido connivente con actos de corrupción (...) Además de eso, los hechos y actos supuestamente ejecutados por la denunciada en relación con esta cuestión son anteriores al actual mandato. Así, con todo respeto a las muchas opiniones en sentido contrario, considero ineludible la aplicación del párr. 4º del artículo 86 de la Constitución Federal, que establece que no es posible responsabilizar al Presidente de la República por actos anteriores al mandato vigente.¹⁹ (subrayado en el original).

El Presidente de la Cámara no aceptó la denuncia en su integridad, rechazando de plano la mayor parte de los argumentos presentados, quedando delimitado su objeto a los siguientes hechos: (1) expedición de seis decretos no numerados en los meses de julio y agosto de 2015; y (2) incumplimiento financiero de la Unión con el Banco de Brasil S/A y con el Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social (BNDES), en virtud del atraso en el pago de subvenciones económicas en el ámbito del crédito rural (“pedaladas fiscales”).

Es de extrema importancia, por dos razones, presentar una concreta delimitación del objeto del proceso. *Primeramente*, porque a pesar de la recepción parcial, los que suscribieron la denuncia mantuvieron, al sustentarla en el Senado, la tesis de que la acusación podría (y debería) ir más allá de los límites trazados por la Cámara baja. Así, entendieron que los Senadores deberían conocer íntegramente *extra petita*, la materia rechazada. Además se argumentó que la corrupción del Gobierno era un hecho notorio, situación que dispensaría de dilaciones probatorias.²⁰ En *segundo lugar*, es relevante el hecho de que, a despecho de que la denuncia estuviera limitada a los hechos jurídicos del segundo mandato presidencial (a partir de 2015) y al incumplimiento de la Unión con los bancos, la mayor parte de las deducciones del Parecer de la Comisión Especial de Impeachment se refieren a la financiación de los gastos por la Caja Económica Federal (CEF), y por el Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio (FGTS).²¹ Ocurre que la referida financiación por la CEF duró hasta 2014, estando fuera del límite temporal establecido en la acusación, y que el FGTS no se puede encuadrar en el concepto de banco controlado por la Unión. Así, a nuestro modo de ver, gran parte de la argumentación acusatoria está fundamentada en materias que son ajenas al objeto válido del proceso.

Las violaciones del proceso legal debido y del derecho a una completa defensa (admisibilidad del juicio *extra petita* con la ampliación del objeto) han llevado al Secretario General de la Organización de Estados Americanos, Luis Almagro, a anunciar que llevará el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.^{22 23}

Aunque la denuncia sea significativamente confusa, un esfuerzo de sistematización nos permite discutir: (a) si la alteración de la meta fiscal después de la emisión de los

18 Decisión de la Presidencia de la Cámara de los Diputados, p. 17 y pp. 19-20 (http://www.camara.gov.br/internet/agencia/pdf/Decis%C3%A3o_sobre_impeachment_CD.pdf)

19 Decisión de la Presidencia de la Cámara de los Diputados, pp. 15-16 (http://www.camara.gov.br/internet/agencia/pdf/Decis%C3%A3o_sobre_impeachment_CD.pdf)

20 En este sentido, las manifestaciones, en 28/04/2016, en el Senado, de Janaina Paschoal (<https://www.youtube.com/watch?v=aA6h5huedMs>) y Miguel Reale Jr. (<https://www.youtube.com/watch?v=wprbQpII78c>).

21 Senado Federal. Parecer de la Comisión Especial del Impeachment. Denuncia 01/16, Ponente Senador Antonio Anastasia (<http://estaticog1.globo.com/2016/05/04/Relatorio-Apresentado-2016-Relatorio-Admissibilidade.pdf>)

22 Ayuso, Silvia. El Secretario General de la OEA apela a la Corte Interamericana contra el impeachment de Dilma en *El País Brasil*, 12/05/16.

23 Las graves nulidades procesales del procedimiento del impeachment, que no pueden ser exploradas por las limitaciones del artículo, se exponen con precisión quirúrgica en Prado, Geraldo & Tavares, Juarez. *Juicio Político: el caso brasileño y otros ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp- 09-43.

Decretos implica violación del art. 4º de la Ley Presupuestaria Anual (LOA) de 2015; (b) si hubo operación de crédito ilegal por parte del Ejecutivo; y (c) si existe hecho ilícito practicado por la Presidenta Dilma.

(a) El tiempo de la alteración de la meta primaria. Naturaleza del vicio en la emisión de los decretos. Cambio de posicionamiento del Tribunal de Cuentas de la Unión (TCU). La denuncia afirma que la apertura de créditos suplementarios violó la Ley Presupuestaria. En términos de la Decisión de la Presidencia de la Cámara de los Diputados, los fines establecidos por la Ley de Directrices Presupuestarias (LDO) no se estaban cumpliendo por el Gobierno.²⁴

Del mismo modo, el Parecer de la Comisión del Senado presenta como fundamento de la interdicción contra la Presidenta Dilma Rousseff los siguientes elementos: “(...) al menos tres de los decretos comentados (de los seis objeto de la denuncia), no habrían observado la condición exigida por el art. 4º de la LOA 2015 (Ley Presupuestaria Anual). Con todo, se debe destacar que dos de los tres decretos tenidos como neutros se sirven de un exceso de recaudación del presupuesto original. Habiendo sido considerada, con todo, la inexistencia de espacio fiscal, merece reparos la utilización del exceso de recaudación. (subrayamos) Quiérese decir que en la interpretación más restrictiva, por eso adecuada al caso concreto, no solo tres, sino cinco decretos presentan repercusión negativa con un valor consolidado de R\$ 1.814,4 millones, en relación con la obtención del déficit fiscal autorizado, con inobservancia del condicionante fiscal fijado en el art.4º de la LOA 2015. Con esos impactos fiscales negativos en la mano, que apuntan a la existencia de transgresión de la restricción fiscal contenida en el art. 4º de la LOA 2015, y considerando que los decretos de apertura de créditos que constan en la denuncia fueron todos firmados por la Presidente de la República, existen indicios suficientemente robustos para que se concluya por el acogimiento de la denuncia en lo que se refiere a los decretos de apertura de créditos suplementarios.”²⁵

No pasa desapercibido el hecho de que siendo el art. 4º de la LOA extremadamente extenso y previendo al menos cien hipótesis de violación de sus disposiciones²⁶, la denuncia no haya delimitado en momento alguno con precisión cuáles serían las figuras normativas violadas, e indicado de forma individualizada la conducta llevada a cabo por la denunciada. De cualquier modo, a despecho de la vaguedad de la acusación, se ve que el aspecto central reside en la (in)observancia del déficit fiscal autorizado establecido para el ejercicio de 2015 como condición para la expedición de Decretos para apertura de créditos suplementarios.

El entonces Presidente de la Cámara expresó que al tiempo del recibimiento de la denuncia no había ocurrido la alteración del objetivo primario. Sucede que su aprobación (de la alteración del objetivo primario) por el Congreso Nacional tuvo lugar curiosamente, el mismo día del recibimiento de la denuncia.²⁷

A diferencia de lo que ocurrió con el dictamen de la Presidencia de la Cámara de los Diputados, el Parecer de la Comisión del Senado reconoció expresamente que con la aprobación de la Ley nº 13.199/2015 (LOA 2015) se alteró el déficit fiscal permitido de

24 Cámara de los Diputados. Decisión de la Presidencia, pp. 7-8 (http://www.camara.gov.br/internet/agencia/pdf/Decis%C3%A3o_sobre_impeachment_CD.pdf)

25 Senado Federal. Dictamen de la Comisión Especial del Impeachment. Denuncia 01/6, Pon. Senador Antonio Anastasia, p. 100 (<http://estaticog1.globo.com/2016/05/04/Relatorio-Apresentado-2016-Relatorio-Admissibilidade.pdf>)

26 Más de cien combinaciones de incisos, párrafos y parágrafos del art. 4º de la LOA 2015, disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13115.htm

27 La alteración de la meta primaria ocurrió por medio del PLN n. 5/15, presentado por el Ejecutivo en 23/07/2015, transformado en la Ley Ordinaria n. 13.199/15 en 03/12/2015, la misma fecha del recibimiento de la denuncia por la Cámara de los Diputados (<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1594497>).

la Unión para el ejercicio, pasando de un déficit de R\$ 51,8 billones y pudiendo llegar a R\$ 119,9 billones.²⁸ Así, es un hecho incontrovertido que hubo alteración del objetivo primario en 2015, limitándose la polémica a la (im)posibilidad de modificación después de la emisión de los Decretos.

En una apretada síntesis, se puede decir que una parte sustantiva del problema relativo al delito de responsabilidad reside en este aspecto de ser o no una violación de la Ley Presupuestaria la alteración de la meta primaria por el Congreso tras la emisión de los Decretos. En caso afirmativo, habría fundamento jurídico para la configuración del delito de responsabilidad en los términos del art. 10.4 de la Ley 1.079/50.

En opinión del Ministerio Público cerca del TCU apoyando la denuncia, la meta fiscal debería condicionar el comportamiento del Gobierno durante todo el ejercicio, debiendo ser cumplida y verificada en cada bimestre. Cabría, pues, al Ejecutivo, adoptar medidas de corrección para garantizar que al final del ejercicio fuese observado el objetivo, condicionante de la ejecución presupuestaria y financiera.²⁹ Desde este punto de vista la meta no podría ser ignorada, y mucho menos actos posteriores realizados al final del ejercicio convalidarían vicios del pasado.³⁰

El argumento implica, por eso, la congelación de los créditos suplementarios, que son muy comunes en la Administración Pública, toda vez que el presupuesto es una mera previsión de lo que se recaudará y se gastará en el año. Es corriente en las finanzas públicas la necesidad de su revisión a la luz de circunstancias imprevistas que acontecen durante la ejecución presupuestaria. No por otra razón el Congreso Nacional ya autoriza la apertura de créditos suplementarios por Decreto del Presidente de la República en la propia LOA.³¹

Como afirma Ricardo Lodi Ribeiro,³² se trata de una condición resolutoria (no suspensiva). Si fuese necesario el cumplimiento de la condición suspensiva para autorizar la apertura de créditos suplementarios por Decreto, no sería posible efectuarlo en el mismo ejercicio, lo que llevaría a la inutilidad de la pre-autorización contenida en la LOA. Siendo condición resolutoria, es posible la apertura de créditos suplementarios hasta que se constate que no habrá cumplimiento de la meta en el año en curso, lo que normalmente solo es posible al final del ejercicio: “de valer el argumento en sentido contrario, de que los informes bimestrales que apunten al incumplimiento parcial de la meta ya darían lugar a la realización de la condición resolutoria que cancelaría la autorización legal para la apertura de créditos suplementarios, se le retirarían al Poder Ejecutivo los instrumentos de actuación cuando más necesarios se hacen para combatir los efectos de la crisis económica que, a partir de la frustración de la recaudación tributaria, comprometen el objetivo de superávit, volviéndose inadministrable la situación financiera y presupuestaria del país. Lógicamente, tal razonamiento debe ser evitado por suponer una extrema irresponsabilidad fiscal.”³³

Además de eso, la tesis de que la alteración de la finalidad primaria no podría convalidar vicios relativos a la emisión de los Decretos impondría la aceptación de que la naturaleza jurídica de tales vicios sería de tipo insubsanable (nulidad absoluta). Por eso, la

28 Senado Federal. Parecer de la Comisión Especial del Impeachment. Denuncia 01/16, Pon. Senador Antonio Anastasia, pp. 84-85 (<http://estaticog1.globo.com/2016/05/04/Relatorio-Apresentado-2016-Relatorio-Admissibilidade.pdf>).

29 Ministerio Público cerca del Tribunal de Cuentas, Parecer, Procurador Julio Marcelo, p. 06 (<http://reaconaria.org/wp-content/uploads/2015/06/1434501005275-Memorial-1.pdf>).

30 Ministerio Público cerca del Tribunal de Cuentas, Manifestación en el Senado, Procurador Julio Marcelo, 02/05/2016 (https://www.youtube.com/watch?v=B_gbvri5z_U).

31 Ribeiro, Ricardo Lodi. *Parecer*, pp.11-12 (<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-ricardo-lodi-impeachment.pdf>).

32 Ribeiro, Ricardo Lodi. *Parecer*, p.15 (<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-ricardo-lodi-impeachment.pdf>).

33 Ribeiro, Ricardo Lodi. *Parecer*, p.15 (<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-ricardo-lodi-impeachment.pdf>).

hipótesis contradice la jurisprudencia del TCU vigente en ese periodo, que siempre consideró los vicios subsanables y corregibles, preservando la validez del acto jurídico. Solo debería declararse la nulidad del acto jurídico cuando no pudiese haber convalidación.

Recuérdese, p. ej., que en el Dictamen y Parecer Previo de las Cuentas de la Unión Referentes al Ejercicio de 2001, el TCU consideró subsanables los vicios en que incurrió el ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso. En su gestión, FHC emitió más de cien decretos para apertura de créditos suplementarios, alterando la meta fiscal por medio de Medidas Provisionales. Aún así, el TCU entendió que se trataba de desconformidades con la ley que producían un perfeccionamiento del planeamiento presupuestario — “la nulidad del acto jurídico es una penalidad que solamente debe ser aplicada cuando el mismo no pueda ser convalidado.” “En el análisis de los resultados de la ejecución presupuestaria se señalaron discrepancias de procedimientos y desconformidades con preceptos legales. Se incluyen en esos casos los que a continuación son presentados una vez más. Se comprobó que más del 60 % del número de créditos adicionales abiertos o reabiertos en el ejercicio examinado se concentraban en el último mes del mismo, caracterizando la reincidencia de procedimiento sobre la cual se ha manifestado este Tribunal en sus dictámenes y pareceres relativos a las cuentas gubernamentales de los últimos ejercicios, en el sentido de que se ha perfeccionado el planeamiento presupuestario.”³⁴ (subrayamos)

Se trata de un notorio cambio de posicionamiento del TCU, pues incluso reconociendo la desconformidad con la legislación “las cuentas de 2001 fueron consideradas regulares, no existiendo reserva alguna sobre los créditos aludidos, incluso no habiendo cumplido la Administración Directa con la meta fiscal, que había sido reducida a lo largo del año por el propio Gobierno por medio de Medidas Provisionales.”³⁵

Es una guía de razonabilidad, orientada por el principio de confianza, que incluso en los casos de menor gravedad, se mantenga la postura que asegura la no alteración en cuanto a las legítimas expectativas depositadas en una pacífica orientación jurisprudencial.³⁶ En este mismo sentido, la Ley de Responsabilidad Fiscal (LRF) prevé en su art. 59 párr. 1° el deber de que los Tribunales de Cuentas alerten a los poderes u órganos de un eventual incumplimiento de sus disposiciones. Por lo tanto, causa por lo menos extrañeza que una nueva manera de entender del TCU pueda violar las justas expectativas depositadas en posiciones consolidadas, y producir de modo abrupto consecuencias tan radicales.

(b) Las “pedaladas fiscales” no son operaciones de crédito. En los términos del Parecer de la Comisión del Senado, las llamadas pedaladas fiscales configurarían una “supuesta contratación ilegal de operaciones de crédito.”³⁷

De acuerdo con el parecer, las “pedaladas fiscales” habrían implicado un subdimensionamiento de la deuda pública del orden de R\$ 40,2 billones en 2014. Aunque la denuncia reconozca que la sustantiva reducción de las metas fiscales en 2015 transcurría

34 Tribunal de Cuentas de la Unión. Dictamen y Parecer Previo de las Cuentas de la Unión Referentes al Ejercicio de 2001, p.121 (<http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/avaliacao-da-gestao-dos-administradores/prestacao-de-contas-do-presidente-da-republica/arquivos/2001/relatorio-e-parecer-previo>).

35 Abogacía General de la Unión, Manifestación en la Denuncia por Delito de Responsabilidad 01/15, p. 133 ss (<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/denuncia-contra-a-presidente-da-republica/documentos/outros-documentos/manifestacao-da-denunciada/ManifestadaDenunciada.PDF>)

36 El Nuevo Código de Proceso Civil (2016) establece incluso la posibilidad de modular en el tiempo los efectos del *overruling*, a fin de no frustrar las justas expectativas en una orientación jurisprudencial consolidada (Didier Jr., Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Salvador: Jus Podivm, pp 499-506, 2015).

37 Senado Federal. Parecer de la Comisión Especial del Impeachment, Denuncia 01/16, Pon. Senador Antonio Anastasia, p. 66 (<http://estaticog1.globo.com/2016/05/04/Relatorio-Apresentado-2016-Relatorio-Admissibilidade.pdf>).

desde un escenario adverso marcado por la caída del PIB, afirma que la apertura de créditos suplementarios revelaría una paradoja fiscal en la cual, a pesar e la frustración de ingresos, el Gobierno estaría ampliado los gastos.

Para la denuncia, la LRF equipararía operación de crédito con cualquier situación que generara un compromiso financiero, y en consecuencia, produjera un resultado en la financiación de las cuentas públicas. Según la acusación, la LRF equipararía “operación de crédito a cualquier situación en que el banco pasase a financiar, que generara un compromiso financiero del ente ante la institución financiera, o sea, que de ese compromiso financiero saliera el efecto de financiación de las cuentas públicas. Es un concepto amplio. No es, por tanto, ni un concepto del Código Civil ni un concepto estricto de la práctica bancaria.”³⁸

La tesis de que la LRF habría adoptado una noción excesivamente amplia de operación de crédito que superaría la del Código Civil y la de las prácticas bancarias es, con el debido respeto, inaceptable. Sobre todo cuando se trata de situaciones que no provienen de un negocio jurídico bilateral celebrado con la finalidad de que la institución financiera entregue o ponga a disposición de la Hacienda Pública recursos financieros para ser restituidos mediante cobro de intereses. Al contrario, son débitos originados en la ley.³⁹

El incumplimiento financiero de la Unión con el Banco de Brasil es en realidad una operación *ex lege* en la cual “los montantes contabilizados en las anotaciones financieras del Banco se refieren a operaciones de subvenciones económicas concedidas exclusivamente al amparo de la legislación: Leyes, Decretos, Ordenes Ministeriales de Hacienda, etc., *sin* constituirse en modalidades de operaciones de crédito realizadas por el Banco de Brasil cerca de la Unión, y *sin* representar la utilización de recursos propios del Banco de Brasil para pago de subvenciones de responsabilidad de la Unión.”⁴⁰

El legislador, al prohibir operaciones de crédito entre la institución financiera estatal y el ente que la controla (beneficiario) pretendió **vetar empréstitos de bancos al gobierno**, y no retrasos en los pagos. Esto es porque, si no fuese así, “no le sería posible a la Unión contratar ningún servicio con los bancos públicos, ante el riesgo siempre existente de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones estatales, lo que generaría un derecho de crédito que no estaría sometido a los dictámenes normativos de las operaciones de crédito. De ser correcto este raciocinio, *la Unión solo podría contratar sus servicios con bancos privados, lo que ciertamente es un absurdo que demuestra lo equivoco del camino hermenéutico que llevó a tal conclusión, y que, por lo tanto, no debe ser adoptado.*”⁴¹, concluye Lodi Ribeiro.

La crítica al aumento de gastos del Gobierno podría, todavía, ser contemplada bajo dos aspectos. El *primero*, estrictamente técnico, relativo a la buena práctica de la gestión de la deuda pública que recomienda no gastar más de lo que se recauda. El *segundo*, en el sentido de que es innegable que la exigencia de disminución de las inversiones estatales en gastos no obligatorios — como p. ej., el *Programa Mi Casa Mi Vida* (subvención de morada a la población necesitada) o el *Programa Ciencia Sin Fronteras* (financiación de investigaciones en el exterior para la consolidación y expansión de la ciencia y tecnología, de la innovación y de la competitividad brasileñas) — posee un fuerte elemento

38 Senado Federal. Parecer de la Comisión Especial del Impeachment, Denuncia 01/16, Pon. Senador Antonio Anastasia, p. 106 (<http://estaticog1.globo.com/2016/05/04/Relatorio-Apresentado-2016-Relatorio-Admissibilidade.pdf>).

39 Ribeiro, Ricardo Lodi. *Parecer*, p. 06 (<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-ricardo-lodi-impeachment.pdf>)

40 Abogacía General de la Unión, Manifestación en la Denuncia por Delito de Responsabilidad 01/15, p. 182 (<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/denuncia-contra-a-presidente-da-republica/documentos/otros-documentos/manifestacao-da-denunciada/ManifestaodaDenunciada.PDF>)

41 Ribeiro, Ricardo Lodi. *Parecer*, p. 07 (<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-ricardo-lodi-impeachment.pdf>)

político-ideológico, producto de concepciones distintas sobre la gestión pública. En el discurso de la oposición, tales inversiones sociales deberían ser suprimidas en nombre de la austeridad financiera. Ocurre que esta opción se deriva de un proyecto de gobernación vencido en las urnas en los últimos 13 años.

(c) Ausencia de ilícito cometido por la Presidente de la República. Dos pareceres, presentados por los profesores Ricardo Lodi Ribeiro (UERJ) y Juarez Tavares (UERJ), y Geraldo Prado (UFRJ) —ambos bastante mencionados en este artículo— son categóricos y demuestran con mucha propiedad la inexistencia de ilícito cometido por la Presidente Rousseff. La cuestión no se limita solo a la ausencia de dolo (tipicidad subjetiva) y a la carencia de elementos probatorios que demuestren la voluntad libre y consciente de la Presidente de ejecutar los delitos de responsabilidad. Es lógico que la falta de prueba de los elementos subjetivos del tipo, por sí sola, anule cualquier pretensión punitiva. Sin embargo, los elementos contenidos en los pareceres indican no solo ausencia de elementos para la *imputación subjetiva*, sino sobre todo la inconsistencia de la *imputación objetiva*.

Una de las cuestiones más relevantes y que se refiere a la (in)observancia del principio de legalidad en materia penal, es la conversión de la eventual violación de la Ley de Responsabilidad Fiscal en ofensa a la Ley Presupuestaria. Conforme destaca Lodi Ribeiro, no hay en la Constitución ni en la Ley del Impeachment (Ley 1.079/50), “(...) ninguna previsión de delito de responsabilidad que consista en la violación de la ley de responsabilidad fiscal.”⁴² O sea, las pedaladas fiscales no se encuadran en las hipótesis de delito de responsabilidad por violación de la Ley Presupuestaria (art. 85, VI Constitución Federal). En este sentido, el respeto al principio de legalidad hace obligatorio “(...) reconocer que no previendo la Constitución Federal la posibilidad de delito de responsabilidad en virtud de violación de la Ley de Responsabilidad Fiscal, sino solamente de la Ley del Presupuesto, no hay que hablar de delito de responsabilidad por la violación del artículo 35 de la Ley Complementaria número 101/00, como pretenden los denunciantes.”⁴³

Por el contrario, conforme destacan Juarez Tavares y Geraldo Prado, no se estaría observando una de las directrices elementales del principio de legalidad, que es la prohibición de la analogía incriminadora: “no es solamente el caso, grave de por sí, del recurso a concepciones extensivas sobre los “conceptos jurídicos indeterminados” que componen el texto de la norma del “delito de responsabilidad”. Mucho más serio es lo que la doctrina denomina “descuido de la vertiente material” por medio de la llamada “tipificación por remisión o *per relationem*.”⁴⁴

Al mismo tiempo, Tavares y Prado resaltan una situación fáctica que envuelve el caso y que fulmina cualquier posibilidad de reconocimiento del injusto penal: la actuación de la Presidente no solo se movió dentro del riesgo autorizado, sino, inclusive, redujo con su conducta otros riesgos, evitando daños más graves. Incluso aunque se entienda que hubo una conducta de la Presidente de la República y que esta conducta violó los preceptos normativos que regulan los delitos de responsabilidad —hipótesis que apenas

42 Ribeiro, Ricardo Lodi. *Parecer*, p. 26 (<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-ricardo-lodi-impeachment.pdf>)

43 Ribeiro, Ricardo Lodi. *Parecer*, p. 08 (<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-ricardo-lodi-impeachment.pdf>)

44 Prado, Geraldo & Tavares, Juarez. *Juicio Político: el caso brasileño y otros ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 28.

“Los delitos de responsabilidad, por lo tanto, no son infracciones administrativas abiertas, que puedan ser completadas por obra de la interpretación del agente sancionador. Esta conclusión puede ser sentida por el propio texto constitucional, al imponer que los delitos de responsabilidad sean definidos en ley especial (Art. 85, párrafo único), quiere decir, que deben observar, rigurosamente, el principio de la legalidad y sus corolarios de taxatividad y lesividad.” (En español en el original, n. del t.) (Prado, Geraldo & Tavares, Juarez. *Juicio Político: el caso brasileño y otros ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 47)

se alza con pruebas, en razón de lo que ha sido expuesto hasta el momento—, existen datos que obstaculizan la imputación objetiva del resultado.

Como es notorio, la emisión de los créditos suplementarios fue utilizada para mantener la continuidad de programas sociales que a lo largo del gobierno petista redujeron desigualdades históricas y proporcionaron la inclusión social a millones de brasileños (en especial los programas “Bolsa Familia”, de transferencias de renta para la población necesitada, y “Mi Casa, Mi Vida” de financiación de casa propia). La continuidad de los programas de inclusión, en detrimento de la obtención de superávit, colocó frente a frente dos deberes del Gobierno, y el mantenimiento de las políticas sociales parece, como mínimo, estar justificado como opción política. Otrosí, tal opción encuentra amplio respaldo en la Constitución, que determina, en su art. 3º, III, que constituye objetivo fundamental de la República “erradicar la pobreza y la marginación social y reducir las desigualdades sociales y regionales.”

Según Tavares y Prado, “los riesgos que el gobierno asume pueden ser comprendidos dentro de una escala saludable de actuación, capaz de reflejar proyectos políticos esenciales dirigidos a la población más necesitada, no siempre coincidentes con los de la oposición o de las élites.”⁴⁵ (en español en el original, n. del t.) En ese sentido, el concepto de “riesgo autorizado” en el ámbito de los delitos de responsabilidad permitiría la elección de las políticas realizadas. Todavía más cuando una eventual violación de la directriz fiscal o presupuestaria se destina a la protección de los ciudadanos.

Los autores presentan una interesante hipótesis de laboratorio, en escala reducida, que permite comprender la reducción del riesgo en situaciones similares: “si, de este modo, el Presidente deja de cumplir una decisión judicial de expropiación para evitar que, ante su estricta aplicación, sea puesta en peligro directo la vida o la salud de los ciudadanos afectados por el acto judicial, no le será imputada la responsabilidad por tal incumplimiento, aunque, con ello, se haya violado el riesgo autorizado y producido un resultado de perjuicio para el dueño del edificio expropiado.”⁴⁶ (en español en el original, n. del t.)

Incluso en una interpretación más conservadora de la teoría del delito que no incorpore en sus presupuestos las categorías de imputación presentadas por la teoría de la imputación objetiva, no existiría el ilícito, visto que situaciones como esas estarían justificadas por el ejercicio regular del derecho o por el estado de necesidad.

05. Golpe de Estado en Brasil: reflexiones finales. En medio de la tensión del complejo escenario político brasileño, los argumentos jurídicos son poco eficaces para hacer regresar el debate a los límites de la razón. Al mismo tiempo, es ingenuo despreciar la importancia de los embates retóricos en el campo del Derecho, pues en él se traba la disputa por la calificación del proceso de impeachment como legítimo o como un Golpe de Estado.⁴⁷

Estamos ciertos de que no ha habido delito de responsabilidad o cualquier otra violación de la Constitución que justifique la separación de la Presidente Dilma Rousseff.

45 Prado, Geraldo & Tavares, Juarez. *Juicio Político: el caso brasileño y otros ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 60.

46 Prado, Geraldo & Tavares, Juarez. *Juicio Político: el caso brasileño y otros ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 60.

47 La incomodidad causada por la calificación del fenómeno político actual como golpe llevó a la Presidenta Dilma Rousseff a ser interpelada por el TSF sobre la razón por la cual estaba hablando de Golpe de Estado (<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ministra-do-stf-determina-que-dilma-responda-se-quiser-a-interpelacao-de-deputados-sobre-golpe,10000052080>)

Del mismo modo, José Eduardo Cardozo, ex-Ministro del AGU, va a sufrir una investigación por su sucesor, por haber afirmado, en la defensa de la Presidente, que el proceso de impeachment era un Golpe de Estado. (<http://www.credisulrs.com.br/noticia/cardozo-diz-que-sindicancia-contra-ele-e-tentativa-de-intimidacao/>)

Por eso, independientemente de la posición que se adopte, es notorio que el debate jurídico en que se enreda el impeachment de Dilma Rousseff está lejos de ser pacífico y de corresponder a la interpretación consolidada de los Tribunales. Así, entendemos que no podrían servir de fundamento a un proceso de tamaña magnitud política, con repercusiones tan graves para la frágil y reciente democracia brasileña, especialmente cuando la base jurídica invocada para dar fundamento a la interdicción se expresa con infracción de modo *patente* de la ley.⁴⁸ Si algo parece ser nítido en el debate que paraliza a Brasil es que existen dudas insubsanables en cuanto a la configuración del delito. Patente, solo, el hecho de que la disputa por el contenido del delito de responsabilidad tiene lugar desde concepciones políticas bastante diferentes, lo que revela el carácter eminentemente político de la imputación. Exactamente por eso no nos parece que haya exceso alguno al hablar de Golpe de Estado.

48 Lei n. 1.079/50. "Art. 10. Son delitos de responsabilidad contra la Lei Presupuestaria: 4 - infringir, patentemente y de cualquier modo, disposiciones de la Ley Presupuestaria".

LAS ÚLTIMAS REFORMAS EN MATERIA DE EXTRADICIÓN EN EL REINO UNIDO. ALGUNAS IMPLICACIONES PRÁCTICAS*

Rosemary DAVIDSON
Ben LLOYD
Adam PAYTER

En los 11 años transcurridos desde la entrada en vigor de la *Extradition Act 2003* (en lo sucesivo Ley de 2003), se han producido grandes cambios, tanto en el texto de la ley como en su aplicación práctica. Algunos casos muy significativos, como “los tres de Natwest”¹, Gary McKinnon², Abu Hamza³, Julian Assange⁴ y Shrien Dewani⁵ (por mencionar solo unos pocos) han contribuido a que los procesos de extradición hayan figurado en primera línea de los medios de comunicación y también de la agenda política. En estos años se han llevado a cabo al menos tres análisis críticos del sistema: el *Review of the United Kingdom’s Extradition Arrangements*⁶, de Scott Baker, en 2011; y dos Informes del Comité Especial sobre Extradición de la Cámara de los Lores, en 2014 y 2015⁷.

Las críticas a la Ley de 2003 han contribuido a que se hayan incluido en ella nuevas disposiciones. Entre éstas se hallan las nuevas causas de denegación basadas en la proporcionalidad⁸ y en el “grado de preparación del caso para enjuiciamiento”⁹ (solo para procesos de extradición referidos a países del “territorio 1”) y en el foro territorial¹⁰ (para procesos referidos a países del “territorio 1” y del “territorio 2”), así como nuevos requisitos para que se autorice el recurso de apelación¹¹. Tras una breve descripción de la estructura de la Ley, este artículo expondrá cómo operan estas nuevas disposiciones en la práctica, y tratará dos cuestiones que actualmente ocupan gran parte de la actividad de la *High Court* en los procesos de extradición: las causas en que puede fundarse la apelación en los procesos en que se invoque el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y el alcance de las garantías que puedan ofrecerse sobre un adecuado nivel de protección de los derechos fundamentales de las personas reclamadas.

* © Thomson Reuters (Professional) UK Limited. Este artículo fue publicado por sus autores en la revista *Criminal Law Review*, Número 7 [2015], págs. 504-521, con el título “Recent Developments in Extradition Law. Some practical implications”. Traducción al español de Miguel Carmona Ruano y José Miguel García Moreno.

1 *R. (on the application of Birmingham) v Director of the Serious Fraud Office* [2006] EWHC 200 (Admin); [2007] Q.B. 727.

2 *McKinnon v United States* [2008] UKHL 59; [2008] 1 W.L.R. 1739.

3 *Mustafa v United States* [2008] EWHC 1357 (Admin); [2008] 1 W.L.R. 2760.

4 *Assange v Swedish Prosecution Authority* [2012] UKSC 22; [2012] 2 A.C. 471.

5 *South Africa v Dewani* [2014] EWHC 153 (Admin); [2014] 1 W.L.R. 3220.

6 Sir Scott Baker, *A Review of the United Kingdom’s Extradition Arrangements* (September 30, 2011).

7 House of Lords Select Committee on Extradition, First Report, *The European Arrest Warrant Opt-In* (November 7, 2014); House of Lords Select Committee on Extradition, Second Report, *Extradition Law and Practice* (February 25, 2015).

8 *Extradition Act 2003* s.21A. .

9 *Extradition Act 2003* s.12A.

10 *Extradition Act 2003* ss.19B-19F y 83A-83-E.

11 *Extradition Act 2003* s.26(5), en vigor desde el 15 de abril de 2015.

ESTRUCTURA DE LA LEY DE EXTRADICIÓN DE 2003 (*EXTRADITION ACT 2003*)

La Ley de 2003 se divide en dos partes. La Parte 1 se aplica a las peticiones de extradición provenientes de países designados como “territorios clase 1”, que, de hecho, son los Estados miembros de la Unión Europea y Gibraltar¹². Las demandas de extradición de los países clasificados como “territorio 1” revisten la forma de órdenes europeas de detención y entrega (OEDE, o EAW en siglas inglesas). Todos los demás Estados con los que el Reino Unido mantiene relaciones formales de extradición están designados como “territorios clase 2” y están contemplados en la Parte 2 de la Ley de 2003¹³. Los procesos de extradición no consentida por la persona reclamada son resueltos por un Juez de Distrito (*District Judge*) de la *Westminster Magistrates’ Court* y los recursos de apelación están atribuidos a la *High Court*¹⁴.

De conformidad con las disposiciones de la Parte 1 de la Ley de 2003 el Juez de Distrito ha de decidir si los delitos incluidos en la OEDE son susceptibles de extradición, si es aplicable alguna causa legal de denegación y si la extradición resultaría proporcionada (cuando se pide para el enjuiciamiento) y respetaría los derechos fundamentales de la persona reclamada garantizados por el CEDH. En los procesos que se siguen al amparo a la Parte 2 de la Ley de 2003 el Juez de Distrito ha de decidir también si el delito por el que se pide la extradición es susceptible de ella y si la extradición respetaría los derechos fundamentales de la persona reclamada garantizados por la CEDH, pero la toma en consideración de las posibles causas legales de denegación se reparte entre el Juez de Distrito y la Secretaria de Estado de Interior.

La nueva causa de denegación por razón de la falta de proporcionalidad

Por definición, la consecuencia de la extradición es el traslado de la persona reclamada desde el país en que se encuentre, que a menudo es el país en que reside y en el que ha formado su hogar. No es, pues, extraño que en la mayoría de los procesos de extradición con oposición la única o la principal causa de oposición se base en el derecho al respeto a la vida privada y familiar garantizado en el artículo 8 del CEDH. Estas cuestiones adquieren una relevancia particular cuando el delito por el que se pide la extradición no es especialmente grave.

Antes de 2004 la extradición se solicitaba normalmente por delitos graves. Sin embargo, la trasposición de las obligaciones del Reino Unido dimanantes de la Decisión Marco sobre la Orden Europea de Detención y Entrega¹⁵ en la Parte 1 de la Ley de 2003 ha traído consigo un enorme incremento del número de peticiones de extradición al Reino Unido¹⁶, con un igualmente significativo incremento de peticiones relativas a delitos menos graves.

El uso excesivo del mecanismo de la OEDE para delitos relativamente leves ha llevado a que el Consejo Europeo, la Comisión Europea, el estudio de Scott Baker e incluso el Tribunal Supremo del Reino Unido (*UK Supreme Court*) hayan reclamado una reforma

12 *Extradition Act 2003 (Designation of Part 1 Territories) Order (SI 2003/3333)*.

13 *Extradition Act 2003 (Designation of Part 1 Territories) Order (SI 2003/3334)*.

14 *Téngase en cuenta que en este punto los autores se están refiriendo de modo específico a Inglaterra y Gales. Tanto para Escocia como para Irlanda del Norte los órganos judiciales competentes en primera instancia y en grado de apelación son distintos de los mencionados. Además, en el caso de Inglaterra y Gales la competencia para conocer del recurso de apelación corresponde a una sala colegiada compuesta por dos o tres magistrados de la Queen’s Bench Division, una de las tres secciones de la High Court of Justice, y que es denominada Administrative Court (N. de los T.).*

15 Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, de 13 de Junio de 2002, relativa a la orden europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.

16 El número de OEDEs recibidas por el Reino Unido se duplicó con creces entre 2006-2007 (3.515) y 2013-2014 (7.881) (House of Lords Select Committee on Extradition, Second Report, *Extradition: UK law and practice*, párr. 99).

de la legislación europea para introducir un control de proporcionalidad a la hora de emitir una OEDE¹⁷. En ausencia de una medida legislativa de este tipo en el ámbito europeo, el Parlamento británico ha introducido de forma autónoma una causa de denegación basada en la proporcionalidad en la Sección 21A de la Ley de 2003.

La Sección 21A de la Ley de Extradición de 2003 (Extradition Act 2003)

Esta nueva causa de denegación opera en dos momentos. En primer lugar, a la hora de certificar una OEDE emitida para el ejercicio de acciones penales, se le pide a la *National Crime Agency* (Agencia Nacional del Delito, *NCA*)¹⁸ que prevea si la persona reclamada va a solicitar al juez que deniegue la entrega con base en que ésta resultaría desproporcionada en el sentido establecido por la nueva causa de denegación¹⁹. El *Lord Chief Justice*²⁰ ha elaborado unas recomendaciones para asistir a la *NCA* (y a los jueces) a la hora de llevar a cabo esta determinación²¹.

En segundo lugar, la Sección 21A exige al juez que, respecto de las demandas de extradición para el ejercicio de acciones penales, tenga en cuenta no solo la proporcionalidad en relación con el artículo 8 del CEDH, sino también si la extradición sería desproporcionada teniendo en cuenta tres criterios específicos (y no otros), en la medida que el juez considere pertinente²². Estos tres criterios son: a) la gravedad de la conducta que se califica como constitutiva del delito por el que se pide la extradición; b) la pena que podría imponerse si la persona condenada fuera declarada culpable de dicho delito; y c) la posibilidad de que la autoridad judicial competente extranjera pudiera adoptar otras medidas menos coercitivas que la extradición de la persona reclamada²³.

En los primeros dos meses y medio transcurridos desde la entrada en vigor de estas nuevas normas legales, la *NCA* solo ha rechazado la certificación de 14 OEDes²⁴. Se espera que este número se incremente una vez que la *Divisional Court* (compuesta por los magistrados *Lord Justice Pitchford* y *Justice Collins*) en su resolución en el caso *Miraszewski*²⁵ ha proporcionado algunos criterios orientativos sobre su aplicación.

Lo primero que ha de señalarse es que, dependiendo de las circunstancias del caso, cada uno de los tres criterios mencionados, por sí solo o junto con los otros, puede lle-

17 Consejo de la Unión Europea. *Informe final sobre la cuarta ronda de evaluaciones mutuas - Aplicación práctica de la orden de detención europea y de los procedimientos de entrega entre Estados miembros* (8302/1/09 Rev 4, 28 de Mayo 2009, párr. 3.9) e Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación desde 2007 de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (COM (2011) 175 Final, 11 de Abril 2011, párrs.5-6); *Assange v Swedish Prosecution Authority* [2012] 2 A.C. 471 §§ [87]-[90]; y Sir Scott Baker, *A Review of the United Kingdom's Extradition Arrangements* (30 Septiembre 2011), párrs.11.21.

18 La *National Crime Agency* es un organismo público encargado por velar por el cumplimiento de las leyes y con funciones policiales creado en 2013 como un departamento gubernamental no ministerial, con plenas competencias en Inglaterra y Gales e Irlanda del Norte. Es la principal agencia británica en materia de lucha contra la criminalidad organizada, incluyendo el tráfico de drogas, de armas y seres humanos, la criminalidad informática y la delincuencia económica transnacional o con efectos interregionales en el Reino Unido. Además constituye la autoridad central del Reino Unido en materia de orden europea de detención y entrega (N. de los T.).

19 Sección 2 (7 A) de la *Extradition Act 2003*.

20 El *Lord Chief Justice* es el Presidente de la Sala Penal del Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales (*Criminal Division of the Court of Appeal*) y, tras la reforma operada por la Ley de Reforma Constitucional de 2005 (*Constitutional Reform Act 2005*), es el juez de más alto rango en la judicatura de Inglaterra y Gales (N. de los T.).

21 Estas recomendaciones se han emitido al amparo de la Sección 2 (7 A) de la Ley de 2003 y se incluyen en las *Criminal Practice Directions Amendments No 2* [2014] EWCA Crim 1569.

22 *Extradition Act 2003*, Sección 21A (2).

23 *Extradition Act 2003*, Sección 21A (3).

24 House of Lords Select Committee on Extradition, Second Report, *Extradition Law and Practice* (25 de Febrero de 2015), párr. 108.

25 *Miraszewski v Poland* [2014] EWHC 4261 (Admin).

var al juez a estimar que sería desproporcionado ordenar la extradición. En este sentido, como declaró la *Divisional Court* en su resolución del caso *Miraszewski*, el juez puede llegar a la conclusión de que “la extradición sería desproporcionada” si: a) la conducta no es grave; y/o b) no es previsible una pena privativa de libertad; y/o c) cabe adoptar medidas menos coercitivas de las que pueda disponer de modo razonable el Estado requirente para asegurar, en las circunstancias del caso, que la persona reclamada va acudir al llamamiento judicial²⁶.

Pese a que estos tres factores no están ordenados jerárquicamente, en la mayoría de los casos la gravedad del delito determinará la posible condena y, por ello mismo, la proporcionalidad²⁷. Se pide a los jueces que tengan en cuenta cada uno de estos criterios específicos, pero la advertencia de que ello ha de ser “en la medida en que el juez lo considere pertinente” significa que el peso que ha de asignarse a cada uno de los factores dependerá de las circunstancias del caso²⁸.

Las recomendaciones del *Lord Chief Justice* (en adelante, *LCJ*) identifican varios tipos de delito (por ejemplo, hurto de comida en un supermercado) respecto de los cuales, en ausencia de circunstancias excepcionales (por ejemplo, antecedentes penales, comisión de múltiples delitos, etc.), los jueces habrán de concluir que la extradición sería desproporcionada en atención a la gravedad del delito por sí sola. El apelante en el caso *Miraszewski* criticaba estas recomendaciones del *LCJ* alegando que establecían un umbral muy bajo de gravedad, pero la *Divisional Court* aceptó que se trataba de “un umbral y no de un techo”, que mencionaba deliberadamente delitos sobre los que nadie discutiría su escasa entidad, incluso desde los diferentes puntos de vista que puedan existir en otros países de la Unión Europea. De este modo queda abierta a los jueces la determinación de que la entrega puede resultar desproporcionada respecto de delitos de mayor entidad, en particular cuando se tienen en cuenta los otros dos criterios.

Tal como sugiere la introducción de las recomendaciones del *LCJ*, “la gravedad de la conducta” ha de ser apreciada de conformidad con los estándares domésticos, si bien el punto de vista del país requirente, cuando se ha hecho constar, ha de ser respetado²⁹. En realidad este punto de vista no suele ofrecerse, lo que constituye un dato significativo. Los tribunales [británicos] han sido generalmente cuidadosos para no imponer a otros Estados los estándares domésticos de gravedad³⁰. Sin embargo, la nueva causa de denegación ha prestado una base normativa para tal apreciación. En la práctica, puede llevar a que haya menos dudas sobre si, por ejemplo, el hurto de un pollo se considera de mayor gravedad en un país determinado³¹. Si esto fuera así, entonces el Estado requirente tendrá que suministrar información complementaria (aunque la *Divisional Court* no contempla que los jueces puedan suspender la vista para una fecha posterior con esa finalidad).

El criterio sobre la “pena previsible” en caso de condena se centra en determinar si sería proporcionado acordar la extradición de una persona a quien no es previsible que se imponga una pena de prisión en el Estado requirente. A falta de una información específica sobre este punto por parte del Estado requirente, el juez está autorizado a inferirla

26 *Miraszewski* [2014] EWHC 4261 (Admin) párr. [31].

27 *Miraszewski* [2014] EWHC 4261 (Admin) párr. [32].

28 *Miraszewski* [2014] EWHC 4261 (Admin) párr. [33].

29 *Miraszewski* [2014] EWHC 4261 (Admin) párr. [36].

30 *R. (on the application of HH) v Westminster City Magistrates' Court* [2012] UKCS 25; [2013] 1 A.C. al párr. [132] por Lord Judge.

31 Véase, por ejemplo, la vieja causa de denegación por escasa entidad del hecho en la resolución del caso *Sandru v Romania* [2009] EWHC 2879 (Admin).

del contenido de la OEDE y a tomar en consideración la práctica *doméstica* sobre determinación de la pena. El hecho de que no sea probable una pena de prisión no significa necesariamente que la extradición sea desproporcionada. No es difícil imaginar supuestos de delitos medioambientales o societarios respecto de los cuales una pena alternativa, como una fuerte multa, no determinaría que la entrega se considerase desproporcionada.

Se ha sugerido que esta causa autónoma de denegación es demasiado rígida al restringir la consideración de la proporcionalidad a estos tres criterios específicos³². Sin embargo, a la hora de determinar la “pena previsible”, la persona reclamada puede ser capaz de identificar factores personales que el tribunal sentenciador en el Estado requirente esté obligado a tener en cuenta para la determinación de la pena³³; por ejemplo, si la persona reclamada es la única que está a cargo de tres niños es previsible que en caso de condena la pena sea inferior cualquiera que sea el Estado miembro que pide la extradición. El tribunal en el caso *Miraszewski* no contempló este punto de un modo particular, pero aceptó que otros aspectos no específicamente mencionados por el texto legal, como el retraso a la hora de emitir la OEDE, pudieran ser relevantes para apreciar esta nueva causa de denegación en la medida en que pudieran incidir en los sí especificados. No debe olvidarse a este respecto que esta causa autónoma de denegación por razón de la proporcionalidad hace posible que pueda denegarse la entrega de una persona reclamada que no tenga familia o una vida establecida en el Reino Unido, lo que no sería posible si el artículo 8 del CEDH constituyera el único criterio para determinar la proporcionalidad.

El factor relativo a las “medidas menos coercitivas” se tiene en cuenta para concluir si puede acudir a medidas razonables y apropiadas para asegurar que la persona reclamada vaya a presentarse en el Estado requirente para ser sometida a juicio. Entre las medidas que se contemplan en la resolución del caso *Miraszewski* están la comparecencia para actuaciones previas al juicio a través de videoconferencia, por teléfono o por comisión rogatoria; la puesta a disposición voluntaria sin necesidad de entrega; o la comparecencia cuando se reciba una citación o en situación de libertad provisional sujeta a medidas de vigilancia en aplicación de la conocida como “Orden Europea de Vigilancia”.

La Orden Europea de Vigilancia

Esta es la medida menos coercitiva que puede afectar en mayor medida a los procedimientos de extradición. Fue introducida en 2009 a través de la Decisión Marco de medidas de vigilancia³⁴, y finalmente entró en vigor en el Reino Unido el 3 de diciembre de 2014, tras la decisión del Gobierno de solicitar la aplicación de 35 medidas de cooperación judicial y policial (*opt back into*) después de haber ejercitado la cláusula de exclusión (*opting out*)³⁵. Este instrumento introduce la posibilidad de transferir la ejecución de medidas cautelares previas al juicio (tales como la libertad provisional con fianza o con condiciones) desde un Estado miembro donde una persona no residente está sometida a un proceso penal, al Estado miembro donde reside de modo habitual. Esto permitirá al acusado permanecer en libertad provisional en el Reino Unido hasta que tenga lugar el juicio en el Estado requirente, en lugar de permanecer en prisión provisional por un largo período de tiempo.

32 House of Lords Select Committee on Extradition, Second Report, *Extradition Law and Practice*, párrs. 109-110.

33 El artículo 49.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea exige que la intensidad de la pena no sea desproporcionada en relación con la infracción penal.

34 Decisión Marco 2009/829/JAI, del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional.

35 Parte 7 del Anexo 6 de las *Criminal Justice and Data Protection (Protocol No 36) Regulations 2014*.

El que se materialice o no esta posibilidad depende de varios factores prácticos. El estudio de Scott Baker sugería que una persona reclamada tendría que ser extraditada antes de que pudiera confiar en la aplicación de medidas de vigilancia³⁶. Esta conclusión se corresponde con lo reacios que suelen ser los tribunales británicos a la hora de suspender los procedimientos hasta una fecha más lejana para permitir a la persona reclamada que intente que el Estado requirente retire la OEDE³⁷. A mayor abundamiento, la Decisión Marco sobre medidas de vigilancia dispone que cuando se ha emitido una OEDE la persona ha de ser entregada de conformidad con la Decisión Marco sobre Orden Europea de Detención y Entrega³⁸. Pero a pesar de esto, cabe sostener que la persona reclamada pueda tener derecho a una suspensión del procedimiento de extradición (al menos por el período de 60 días previsto para la entrega en el artículo 17 de la Decisión Marco sobre la OEDE) para encargar a un abogado que solicite en el Estado requirente la libertad provisional con medidas de vigilancia. Puede ocurrir perfectamente que si el Estado requirente hubiese conocido el paradero de la persona reclamada hubiese acordado la aplicación de medidas de vigilancia en lugar de la entrega. El obstáculo, como ocurre a menudo, será la disponibilidad de recursos por parte del reclamado para que pueda formularse tal solicitud.

Hasta este momento estas medidas han sido traspuestas por 12 Estados³⁹, incluyendo Polonia y otros con condiciones rigurosas de prisión, tales como Rumanía y Hungría.

Al invocar el tercer criterio específico de conformidad con la nueva causa de denegación por razón de la proporcionalidad, la persona reclamada no solo podrá solicitar la suspensión del procedimiento de extradición para que puedan contemplarse medidas menos coercitivas, sino también valerse de una reforma posterior, introducida en la Sección 21B de la Ley de 2003: la entrega temporal.

La entrega temporal

Las normas sobre “entrega temporal” permiten al Estado requirente o a la persona reclamada solicitar al tribunal, o bien el retorno temporal de la persona reclamada al Estado requirente, o bien que se lleve a cabo una comunicación entre las partes y sus representantes.

La Sección 21B (4) prevé que se pueda conceder la suspensión si el juez considera necesario permitir que la persona reclamada o el Estado requirente consideren si consienten una petición para la entrega temporal. Resulta frustrante que la suspensión al amparo de esta Subsección 4 solo pueda ser por un plazo de siete días, aunque existe la posibilidad de múltiples suspensiones basadas en esta Subsección, y si la cuestión se suscita en la audiencia inicial o inmediatamente después se dispondrá previsiblemente de más tiempo para que tal petición pueda ser tomada en consideración antes de la audiencia plenaria sobre la extradición.

La entrega temporal es susceptible de ser utilizada en conjunción con el criterio de “medidas menos coercitivas” para posponer o evitar la entrega sin que la persona reclamada evada completamente la acción de la justicia (como ocurriría si se deniega

36 Sir Scott Baker, *A Review of the United Kingdom's Extradition Arrangements*, 30 septiembre 2011, párr. 5.153.

37 *Baghishyan v Poland* [2011] EWHC 1297 (Admin).

38 Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, artículo 21.1.

39 Austria, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Croacia, Hungría, Letonia, Países Bajos, Polonia, Rumanía, Eslovenia y Eslovaquia. En la fecha de elaboración de esta traducción (mayo de 2016), a esta lista han de añadirse Alemania, España, Estonia, Francia, Grecia, Italia, Malta, Lituania, Portugal y Suecia. Otros Estados miembros, como Chipre, Irlanda y Luxemburgo, habían comunicado que la ley de trasposición estaba en trámite (N. de los T.).

la extradición). En consecuencia, las reformas pueden ser beneficiosas tanto para las personas reclamadas como para los Estados requirentes. Por poner un ejemplo, proporcionan un marco legal con el que abordar el tipo de peticiones formuladas recientemente por la fiscalía sueca en el caso Assange⁴⁰.

El futuro de la causa de denegación por razón de la proporcionalidad

La causa de denegación por razón de la proporcionalidad se aplica sólo cuando la entrega se solicita para el ejercicio de acciones penales. El Comité Especial de la Cámara de los Lores “no ve razón para que la denegación por causa de la proporcionalidad no pueda extenderse a reclamaciones para cumplimiento de la pena, dado el número de OEDES recibidas respecto de delitos menores”. Una razón radica en que las preocupaciones legítimas acerca de un enfoque relativista que imponga los puntos de vista de los jueces británicos a los de otros países y que se inmiscuya en la función de sus tribunales pueden agudizarse en los supuestos en que persona ha sido ya condenada y se le ha impuesto una pena. Dicho esto, tanto la *Fugitive Offenders Act 1967* (Ley de Delincentes Fugitivos de 1967) como la *Extradition Act 1989* (Ley de Extradición de 1989) incluían causas de denegación por razón de la escasa entidad de los hechos, que eran de aplicación tanto a las demandas de extradición para enjuiciamiento como para cumplimiento de pena. Hay también un número significativo de casos en que la persona reclamada ha sido condenada en ausencia sin que ésta le sea imputable, y sin que ahora pueda acogerse a esta causa de denegación. Dado que la sensibilización política respecto de nuestros acuerdos en materia de extradición no da muestras de decaer, no sería sorprendente que en el futuro la denegación por causa de proporcionalidad pueda extenderse a las demandas de extradición para cumplimiento de pena.

LA NUEVA CAUSA DE DENEGACIÓN BASADA EN EL GRADO DE PREPARACIÓN DEL CASO PARA ENJUICIAMIENTO

El sistema inquisitivo al que responden los procesos penales de algunos países continentales de derecho codificado conlleva a menudo un largo periodo de instrucción previo al juicio durante el cual, para un jurista de *common law*, puede ser difícil discernir en qué momento la persona sujeta a investigación deja de ser sospechosa para pasar a ser acusada. El artículo 1.1 de la Decisión Marco sobre la OEDE, traspuesto en la Sección 2, párrafos (3) (b) y (5) (b) de la Ley de 2003, es claro: la OEDE solo puede emitirse “para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o medida de seguridad privativas de libertad”. Por lo tanto, para que una OEDE constituya una orden de detención válida es necesario que haya sido librada para la entrega de una persona “acusada” (no meramente sospechosa), y que su entrega se haya solicitado “con la finalidad de que sea perseguida penalmente por haber cometido un delito” (y no para llevar a cabo una investigación)⁴¹. La extradición solicitada para cualquier otra finalidad, tal como la obtención de pruebas, “no es una finalidad legítima para una orden de detención”⁴².

Hasta fechas recientes, la cuestión sobre si una persona contra quien se había emitido una OEDE estaba o no siendo reclamada para ser enjuiciada en el Estado requirente tenía que ser debatida en el marco de los parámetros fijados por la Sección 2 de la

40 La fiscalía sueca ha pedido que Assange sea interrogado y que se le tome una muestra de ADN mientras permanezca en Londres (<https://www.bbc.co.uk/news/world-europe-3167829> [consultado el 28 de abril de 2015]).

41 *Slatos v Hungary* [2010] EWHC 237 (Admin), [2011] 1 W.L.R. 252.

42 *Office of the King's Prosecutor (Brussels) v Cando Armas* [2005] UKHL 67; [2006] 2 A.C. 1.

Ley de 2003. Sin embargo, en la práctica la protección que otorga esta Sección 2 a la persona reclamada ha sido bastante limitada. Los tribunales han mantenido de modo constante que es necesario adoptar un enfoque cosmopolita respecto de los ordenamientos procesales penales extranjeros. No es aceptable contemplar simplemente los sistemas continentales de derecho codificado bajo el prisma de nuestro *common law*⁴³. Pero aun siendo esto sin duda correcto, lo cierto es que ha habido preocupación por la utilización de la OEDE como herramienta de investigación. No obstante, pese a que las conclusiones del estudio de Scott Baker mostraban que no había evidencia suficientemente amplia que apoyara esta conclusión⁴⁴, el Gobierno, siguiendo el precedente de Irlanda y de Gibraltar, introdujo una nueva causa de denegación basada “en el grado de preparación del caso para enjuiciamiento” (*trial readiness*).

La nueva causa de denegación de la Sección 12A

La Sección 12A de la Ley de 2003 denomina esta causa de denegación como “falta de decisión sobre la acusación”⁴⁵. Con su introducción se ha pretendido garantizar a la persona reclamada que no va a ser mantenida en prisión provisional por un largo período de tiempo en el Estado requirente mientras se lleva a cabo la investigación⁴⁶. No obstante, a la hora de interpretar esta norma resulta útil recordar que esta reforma, como muchas de las otras, constituye una respuesta política a las críticas relativas al instrumento de la OEDE⁴⁷. En consecuencia, la Sección 12A no se apoya directamente en la Decisión Marco sobre la OEDE⁴⁸.

Esta causa de denegación trata de asegurar que, cuando la persona es reclamada para ser sometida a enjuiciamiento, la extradición sólo puede prosperar si el Estado requirente ha tomado tanto la decisión de presentar cargos contra ella como la decisión de someterla a juicio, salvo que la ausencia de la persona reclamada sea la única razón por la que no se hayan tomado estas decisiones. Una de estas decisiones por sí sola no sería suficiente.

La persona reclamada tiene la carga inicial de demostrar que hay razones suficientes para entender que al menos una de las decisiones mencionadas no se ha tomado aún y que por tanto, si ello fuera necesario, su ausencia del territorio del Estado requirente no es la única razón para que no se haya tomado la decisión (“la primera etapa”)⁴⁹. Si la persona reclamada aporta esta demostración inicial, corresponde entonces al Estado requirente convencer al juez de que se han tomado las dos decisiones mencionadas o, de lo contrario, que la única razón por la que no se han adoptado es la ausencia del acusado (“la segunda etapa”)⁵⁰. Cuando la carga se desplaza al Estado requirente, entonces éste ha de aportar al juez una prueba que cumpla los estándares del proceso

43 *Re Ismail* [1999] 1 A-C. 320; *Belgium v Bartlett* [2010] EWHC 1390 (Admin).

44 Sir Scott Barker, *A Review of the United Kingdom's Extradition Arrangements* (30 de Septiembre de 2011), párr.5.163.

45 Esta causa de denegación entró en vigor el 21 de Julio de 2014.

46 Ver la *Explanatory Note* de la *Anti-Social Behaviour, Crime and Policing Act 2014*, sec. 156, párr. 462.

47 Véanse en este punto los comentarios de la *Secretaría de Estado de Interior*, quien declaró también que esta nueva norma aportaba “garantías adicionales para los ciudadanos británicos”: *Hansard HC*, col. 779 (15 de Julio de 2013). El *Hansard* equivale a nuestro *Diario de Sesiones de cada Cámara Parlamentaria* (N. de los T.).

48 Existe el riesgo de que la Comisión Europea pueda iniciar una acción por incumplimiento contra el Reino Unido por introducir causas de denegación adicionales a las contempladas en la DM sobre la OEDE; o de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueda ser requerido para pronunciarse sobre su legalidad como materia regulada por la UE a través de una cuestión prejudicial de conformidad con el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (véase, por ejemplo, *Melloni c. Ministerio Fiscal* (C-399/11) [2013] 2 W.L.R. 717; [2013] 2 C.M.L.R. 43).

49 *Extradition Act 2003*, Sec. 12A (1) (a) (i) y (ii).

50 *Extradition Act 2003*, Sec. 12A (1) (a) (i) y (ii).

penal⁵¹. Si el Estado requirente no puede aportar esta prueba, se denegará la entrega de la persona reclamada.

En este aspecto, la Sección 12A parece contradecir el enfoque cosmopolita que se adopta en la Sección 2 de la Ley de 2003. La nueva causa de denegación reposa sobre los conceptos de “presentación de cargos” (*charging*) y “enjuiciamiento” (*trying*), que son términos técnico-jurídicos del idioma inglés no definidos con más detalle en la Ley de 2003. En muchos Estados miembros [de la UE] el proceso penal no es tan lineal como en el Reino Unido, donde operan las fases diferenciadas de investigación (*investigation*), seguida de la presentación de cargos (*charge*) y luego del juicio oral (*trial*). Por ejemplo, en muchos sistemas de derecho continental se requiere a menudo un interrogatorio del acusado posterior a la presentación de cargos, y antes de que pueda adoptarse una decisión sobre la apertura del juicio. Con el fin de asegurar que el acusado goce desde el inicio de la investigación penal, incluyendo cualquier toma de declaración, de la protección que otorga el artículo 6 [del CEDH], el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha adoptado una definición amplia del concepto “cargos”, que vendría a incluir el primer interrogatorio del acusado en calidad de sospechoso o cuando se ordena su detención⁵².

En su resolución del caso *Kandola*⁵³ la *Divisional Court*, a la hora de examinar la nueva causa de denegación, declaró que la posición inicial debería ser que las dos decisiones hubieran sido adoptadas en el Estado requirente. Para que la persona reclamada satisfaga las exigencias de la primera etapa el juez competente debe formarse la opinión objetiva de que concurren motivos fundados para creer que una o las dos decisiones no han sido adoptadas⁵⁴. Los “motivos fundados para creer” implican algo menos que el estándar probatorio basado en la mayor probabilidad, pero más que una mera afirmación o una opinión caprichosa. Con frecuencia no será necesario que el juez mire más allá de los términos de la OEDE, leídos en su conjunto, para formarse una opinión. Si la OEDE no es clara el juez tendrá la facultad de examinar pruebas externas. La *Divisional Court* resolvió que no es ni apropiado ni necesario que el Estado requirente proporcione pruebas adicionales, aunque sí lo es que la persona reclamada aporte pruebas convincentes en la primera etapa. Sin embargo, la mera afirmación por la persona reclamada resultará insuficiente⁵⁵. En realidad, y a pesar del esfuerzo de la *Divisional Court* para desincentivar la utilización de informes periciales “elaborados”⁵⁶, para tener éxito en la primera etapa la persona reclamada tendrá que depender de la prueba relativa al derecho y procedimiento extranjeros. Esta situación continuará a corto plazo, hasta que exista un cuerpo de resoluciones de la *High Court* relativas a los procedimientos en los Estados que con más frecuencia reclaman entregas desde el Reino Unido.

Si la persona reclamada supera la primera etapa el Estado requirente deberá proporcionar una exposición breve y concisa respondiendo a las exigencias de la Sección 12A. La *Divisional Court* reconoció que dicha exposición será objeto de impugnación por la persona reclamada, pero expresó la esperanza (probablemente vana) de que ello no dé lugar a procedimientos complejos y prolongados.

51 *Extradition Act 2003, Sec. 206 (2) y (3) (b)*.

52 *Deweer c. Bélgica* [1980] E.C.C.169: (1979-80) 2 E.H.R.R. 439.

53 *Kandola v Germany* [2015] EWHC 619 (Admin).

54 *Kandola* [2015] EWHC 619 (Admin) párr. [30].

55 *Kandola* [2015] EWHC 619 (Admin) párr. [33].

56 *Kandola* [2015] EWHC 619 (Admin) párr. [32].

El futuro de la causa de denegación basada en el grado de preparación del caso para enjuiciamiento

La aplicación fáctica de la orientación general contenida en la resolución del caso *Kandola* proporciona una idea sobre el futuro de la causa de denegación basada en el grado de preparación del caso para enjuiciamiento y su potencial para evitar la extradición. El caso tuvo por objeto OEDEs alemanas e italianas. En relación con Alemania parece claro que la OEDE puede ser emitida antes o después de que la persona haya sido acusada. En el concreto caso *Kandola* la investigación no había concluido porque el fiscal no había oído a la persona reclamada. Se sugirió que esto se podría haber hecho por medio de una solicitud de auxilio judicial internacional o por medio de una entrega temporal al amparo de la Sección 21B de la Ley de 2003.

La posibilidad de recurrir al auxilio judicial internacional no impidió al tribunal [británico] llegar a la conclusión de que la única razón por la que no se tomaron las decisiones de acusar y enjuiciar fue la circunstancia de que la persona reclamada no se hallara en Alemania. El tribunal [británico] aceptó que la autoridad judicial alemana tomó en consideración la opción del auxilio judicial internacional, pero la rechazó de forma razonable sobre la base de que la persona reclamada presentaba un elevado riesgo de fuga⁵⁷. El tribunal [británico] no abordó la posibilidad sugerida de la entrega temporal o la cuestión de si era posible recurrir al auxilio judicial internacional en ese momento (mientras que la persona reclamada se hallaba en prisión provisional o en libertad provisional en el marco del procedimiento de extradición) más bien que con anterioridad a la emisión de la OEDE. No hay nada en la Sección 12A que indique que la valoración de la adopción de las decisiones o de la falta de las mismas deba ser llevada a cabo en el momento en que se emitió la OEDE con preferencia al momento de la vista de extradición.

Respecto de Italia, la OEDE se refería reiteradamente a las “investigaciones”, lo que es un rasgo común a muchas OEDEs. Esta sola circunstancia resultaba suficiente para considerar que la persona reclamada había superado la primera etapa, por lo que carga pasaría al Estado requirente. La Fiscalía (*Crown Prosecution Service, CPS*) aceptó que no se había tomado la decisión de acusar o enjuiciar porque la investigación continuaba todavía. La sentencia no contiene un análisis tan detallado del ordenamiento procesal italiano como el realizado respecto de Alemania, pero se aceptó que la presencia de la persona reclamada en Italia no constituye una exigencia para la adopción de las correspondientes decisiones. En consecuencia no se pudo demostrar que la única razón de la no adopción de las decisiones fuese la ausencia de la persona reclamada.

El efecto de la Sección 12A y de la sentencia en el caso *Kandola* en relación con Italia es significativo. En el curso del procedimiento la Fiscalía (*CPS*) indicó que todas las OEDEs emitidas por Italia para el ejercicio de acciones penales (alrededor del 80-85% del total de demandas italianas) serían desestimadas como consecuencia de la nueva causa de denegación. No resulta difícil encontrar ejemplos de demandas procedentes de otros Estados (anteriores a la introducción de la nueva causa de denegación) que podrían haber sido resueltas de otra forma en el caso de que la Sección 12A hubiera estado vigente⁵⁸.

Dada la potencial dimensión del problema para algunos Estados requirentes, es probable que la causa de denegación basada en el grado de preparación del caso

57 *Kandola* [2015] EWHC 619 (Admin) párr. [43].

58 Véase, por ejemplo, la sentencia del caso *Dowd v Spain* [2013] EWHC 1515 (Admin) relativo a España. En ese caso la autoridad judicial española señaló que “la decisión de acusarles (...) del delito no ha sido tomada”. En lo que respecta al agravio que trata de evitarse por medio de la Sección 12A debe destacarse que, al momento en que el recurrente fue entregado a España, el otro coacusado, que había sido entregado desde el Reino Unido unos dos años antes, todavía no había sido enjuiciado.

para enjuiciamiento conduzca a un incremento del recurso al auxilio judicial internacional como una alternativa a la entrega. Una vez que haya entrado en vigor, la Orden Europea de Investigación (OEI, *EIO* por sus siglas en inglés) sustituirá a los mecanismos de auxilio judicial internacional actualmente vigentes por un único instrumento unificado que abarcará todos los tipos de medios probatorios e introducirá formularios estandarizados para articular las peticiones. El Reino Unido solicitó la aplicación de la OEI el 27 de julio de 2010, y el Consejo Europeo aprobó la versión definitiva de la Directiva el 14 de marzo de 2014⁵⁹. El artículo 1 de la OEI establece claramente que se trata de un instrumento “con vistas a obtener pruebas”, y que su finalidad consiste en facilitar el justo enjuiciamiento respecto de las acusaciones penales en toda la Unión Europea, asegurando que el tribunal competente para el juicio tenga toda las pruebas pertinentes y disponibles, independientemente de donde se hallen dichas pruebas.

LA CAUSA DE DENEGACIÓN POR EL FORO TERRITORIAL

Históricamente los tribunales con competencia en materia de extradición no se han preocupado por la cuestión del “foro territorial”. En los casos relativos a delitos transfronterizos no ha sido posible hasta ahora que la persona reclamada sostuviera que, a pesar de ser perseguido penalmente en el país A, en realidad debería haber ser perseguido penalmente en el país B. Tradicionalmente la cuestión relativa a la decisión sobre el lugar más conveniente o apropiado para seguir el procedimiento penal ha sido atribuida solo a las autoridades competentes de la fiscalía. Sin embargo, en 2013 se introdujo una “causa de denegación por el foro territorial”, cuyo alcance ha sido discutido a principios de este año en un caso seguido ante la *High Court*.

El foro territorial: historia reciente

A raíz de algunos casos significativos como el de “los tres de Natwest” se suscitó un debate público sobre la “injusticia” que suponen aquellos procesos de extradición en los que la demanda tiene por objeto unos hechos ocurridos principalmente en el Reino Unido. Como consecuencia de este debate, en 2006 el Gobierno incluyó una causa de denegación por el foro territorial en la Ley de 2003, por medio de Ley de Policía y Justicia de 2006 (*Police and Justice Act 2006*). No obstante, a pesar de la presión de la opinión pública y de la consiguiente modificación legislativa, la causa de denegación por el foro territorial introducida en 2006 nunca llegó a entrar en vigor.

El estudio de Scott Baker⁶⁰ analizó, entre otros temas importantes, la cuestión de si la causa de denegación por el foro territorial debería entrar en vigor. Llegó a la conclusión de que la causa de denegación por el foro territorial “provocaría retrasos y posiblemente daría lugar a procedimientos paralelos”, y de que “los fiscales están mucho más preparados que los tribunales para valorar los factores necesarios para adoptar una decisión relativa al foro territorial”⁶¹. A pesar de esta advertencia, en octubre de 2013 el Gobierno puso en vigor la causa de denegación por el foro territorial, aunque en una forma diversa a la aprobada en 2006.

59 Directiva 2014/41/CE de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal.

60 Sir Scott Baker, *A Review of the United Kingdom's Extraditions Arrangements*.

61 Sir Scott Baker, *A Review of the United Kingdom's Extraditions Arrangements*, p. 13.

El examen

Los nuevos preceptos relativos al foro territorial⁶² entraron en vigor el 14 de octubre de 2013. Es importante tener en cuenta que no se basan en la Decisión Marco de la UE de 2002, que estableció el régimen de la Orden Europea de Detención y Entrega (traspuesto por la Parte 1 de la Ley de Extradición de 2003), y que la causa de denegación por el foro territorial no está contemplada expresamente en ninguno de los tratados de extradición en los que es parte el Reino Unido (respecto de los que la extradición pasiva desde el Reino Unido está regulada en la Parte 2 de la Ley de Extradición de 2003). La *High Court* ha confirmado que estos preceptos solo se aplican a las extradiciones para el ejercicio de acciones penales⁶³.

La extradición de una persona desde el Reino Unido a otro Estado (“el Estado requirente”) debe ser denegada por causa del foro territorial si la misma es contraria a los “intereses de la justicia”. La extradición resultaría contraria a los intereses de la justicia si el juez: a) resuelve que una parte sustancial de la actividad relevante del acusado fue realizada en el Reino Unido (lo que se trata, esencialmente, de una cuestión de hecho a resolver por el juez)⁶⁴; y b) resuelve, tomando en consideración las cuestiones específicas relativas a los intereses de la justicia (y únicamente esas cuestiones), que la extradición no debería concederse. La “actividad relevante” del acusado significa una actividad que resulta sustancial para la comisión del delito al que se refiere la demanda de extradición y que se afirma ha sido realizada por el acusado. Las “cuestiones específicas” incluyen factores más evidentes, como el lugar donde se produjo la mayor parte de la pérdida o el daño o donde se pretendió que se produjera; la disponibilidad de las pruebas; y los intereses de las víctimas y los testigos; pero también comprenden la *convicción* del fiscal en el sentido de que el Reino Unido no es la jurisdicción más adecuada en la que perseguir penalmente al acusado. A la hora de decidir si la extradición resultaría contraria a los intereses de la justicia, el juez debe tomar en consideración la conveniencia de que no se exija la revelación de materiales sujetos a restricciones de divulgación en el Estado requirente de que se trate.

La causa de denegación por el foro territorial introducida ahora contiene una previsión significativa que no había sido incluida en la reforma de 2006, y que es la relativa al denominado “certificado del fiscal”.

La “mejor carta” del fiscal

En aquellos casos en los que la autoridad competente de la fiscalía tiene interés en asegurar que la persona reclamada no será exonerada por razones de foro territorial el fiscal tiene la facultad de emitir un “certificado del fiscal”. La consecuencia de dicho certificado consiste en que el Juez de Distrito que conoce del procedimiento de extradición *debe* resolver que la extradición no puede ser denegada por razón del foro territorial. El “certificado del fiscal” emitido por un fiscal autorizado al efecto debe certificar que el fiscal competente ha valorado los delitos por los que el acusado podría ser perseguido penalmente en el Reino Unido, o en una parte del Reino Unido, en relación con la conducta constitutiva del delito objeto de la demanda de extradición⁶⁵; y que existen uno o más de tales delitos que se corresponden con el delito objeto de la demanda de extradición

62 Se trata de las Secciones 19B a 19F de la Parte 1 y de las secciones 83A a 83E de la Parte 2 de la Ley de 2003, introducidas en esta por la Ley de Delitos y Tribunales de 2013 (*Crime and Courts Act 2013*).

63 *Belbin v France* [2015] EWHC 149 (Admin).

64 *Astrakevic v Lithuania* [2015] EWHC 131 (Admin) párr. [13].

65 Cuestión A.

(los “delitos correspondientes”)⁶⁶. En ese caso el fiscal debe certificar o bien: i) que el fiscal competente ha adoptado una decisión formal en el sentido de que el acusado no debe ser perseguido penalmente por los delitos correspondientes, cuyo fundamento es la convicción de que no se dispondría de suficiente material probatorio admisible para la persecución penal o de que dicha persecución sería contraria al interés público⁶⁷; o bien, ii) que el fiscal considera que el acusado no debería ser perseguido penalmente por los delitos correspondientes, porque existe un interés en evitar la revelación de material sensible⁶⁸ en el marco del procedimiento contra el acusado por dichos delitos correspondientes, o en cualquier otro procedimiento⁶⁹.

Al fiscal no se le puede exigir que considere alguna concreta cuestión relevante a los efectos de la emisión del certificado del fiscal o que emita dicho certificado.

No hay duda de que la finalidad del certificado del fiscal radica en asegurar que éste retiene la capacidad de adoptar la decisión última en lo que se refiere al foro territorial adecuado para la persecución penal. Si el fiscal emite un certificado el Juez de Distrito ha de determinar el foro territorial en contra de la persona reclamada. En una primera lectura parece que esta norma produce el efecto de reducir dramáticamente el ámbito y la eficacia de la causa de denegación por el foro territorial: cualquier argumento que el acusado considere puede apoyar la causa de denegación por el foro territorial puede ser superado, en última instancia, por el fiscal.

No obstante, queda por ver con qué frecuencia las autoridades de la fiscalía resuelven en la práctica emitir certificados del fiscal. A pesar de la intención legislativa de asegurar que los fiscales retienen su discrecionalidad en este punto, la emisión del certificado podría ser impugnada por medio de un recurso ante la *High Court*, el cual está previsto en la Ley de 2003. En la resolución del recurso el tribunal debe aplicar los procedimientos y principios que resultan de aplicación a las demandas instando la revisión judicial (*judicial review*).

La causa de denegación por el foro territorial en la práctica y algunas cuestiones que pueden llegar a plantearse

A la hora de determinar cuáles son los intereses de la justicia el Juez de Distrito debe tomar en consideración todas las cuestiones específicas, y le corresponde decidir la relevancia a atribuir a cada uno de los factores en el caso concreto⁷⁰. Aunque la convicción del fiscal es tan solo uno de los factores que han de ser tomados en consideración, no cabe duda de que cuando se exprese dicha convicción el Juez de Distrito le atribuirá un valor significativo. Tradicionalmente los tribunales han venido siendo deferentes hacia las decisiones de los fiscales para proceder penalmente y no hay ninguna razón para concluir que la situación cambiará al amparo de la causa de denegación por el foro territorial. Como la *High Court* señaló recientemente en su resolución en caso *Dibden*:

“el propósito de la Sección 19B (3) (c) no es promover una revisión de la convicción del fiscal en lo relativo a la jurisdicción más adecuada, basada en la falta de razonabilidad [de dicha convicción].

66 Cuestión B.

67 Cuestión C.

68 “Material sensible” significa material que al fiscal competente le parece sensible, incluyendo material que parece ser sensible por razones relativas a: a) la seguridad nacional; b) las relaciones internacionales; y c) la prevención o averiguación del delito (incluyendo por razones relativas a la identificación o a las actividades de los testigos, confidentes o cualquier otra persona que facilite información a la policía o a otra autoridad competente, y que podría verse en peligro si su identidad fuese revelada).

69 Cuestión D.

70 *Astrakevic* [2015] EWHC 131 (Admin).

Ciertamente su propósito no es promover un debate con peticiones de documentación para justificar dicha convicción⁷¹.

A pesar de los intentos de la *High Court* por reducir el ámbito para la impugnación de la “convicción del fiscal”, se trata de un campo jurídico que continuará evolucionando y desarrollándose. Ya se ha evidenciado una tensión entre dos resoluciones recientes de la *High Court*. En su resolución en el caso *Dibden* la *High Court* intentó restringir la “petición de documentación” realizada por el recurrente con la finalidad de impugnar la convicción del fiscal. Sin embargo, en otra resolución reciente, *Piotrowicz*⁷², la *High Court* pareció aceptar que resultarían “totalmente adecuadas las indagaciones para determinar, en términos generales, cuáles podrían ser los fundamentos de la convicción⁷³”. En consecuencia, está claro que hay un ámbito para que las personas reclamadas puedan continuar exigiendo de los fiscales la justificación del fundamento de cualquier convicción que pudieran expresar éstos en lo relativo al foro territorial, y para promover la discusión de esta cuestión ante la *High Court*.

Hasta ahora los tribunales han adoptado un enfoque muy restrictivo en lo relativo a la cuestión de la “convicción del fiscal”. El fiscal al que se refiere la norma es un fiscal inglés de la Fiscalía de la Corona (*Crown Prosecution Service*), o, en su caso, de otros organismos con funciones similares (como la *Serious Fraud Office* o la *Financial Conduct Authority*), y se ha afirmado que si no se ha expresado ninguna convicción al momento de la vista de extradición los preceptos no

“prevén que cualquiera de las partes o el tribunal puedan exigir al fiscal la adopción de las correspondientes medidas para generar la “convicción” por parte del fiscal. La iniciativa para expresar la “convicción” o no, corresponde a la Fiscalía inglesa. No existe ningún mecanismo legal que permita al tribunal imponer una indagación adicional por la Fiscalía de la Corona con la finalidad de llegar a dicha “convicción”. Esta perspectiva en la interpretación de este requisito es coherente con la regla, aplicable a los procesos de extradición, de que la decisión de las autoridades nacionales en el sentido de no indagar si debería procederse a la persecución penal en el Reino Unido no es susceptible de revisión judicial, salvo en circunstancias absolutamente excepcionales, como la mala fe.....”⁷⁴.

Además, a la *High Court* no se le ha pedido hasta ahora que trate la cuestión específica de cómo el fiscal llega correctamente a su convicción y de qué examen o enfoque se debe aplicar a este respecto. Dado que, como los tribunales han reconocido, la convicción irracional es susceptible de impugnación, deben establecerse criterios para valorar por contraste dicha convicción. De otro lado, a menos que el acusado sepa cómo ha llegado el fiscal a su convicción no existirá ningún medio justo para abordar esta cuestión. Las restricciones en este punto pueden por sí mismas generar una inequidad procesal.

Si el fiscal expone al tribunal que el órgano con funciones de acusación no ha llegado a ninguna convicción porque no tiene en su poder material relevante o porque no se ha llevado a cabo una investigación en el Reino Unido, nada debería impedir que el acusado prestara voluntariamente declaración en el Reino Unido, con la finalidad de confesar la comisión de un delito. Queda por ver cómo reaccionaría el fiscal ante esa propuesta, pero es posible que el acusado piense que admitir la comisión de un delito en el Reino Unido es una alternativa mejor que arriesgarse a ser extraditado. De nuevo no se sabe en este momento como valorarían los tribunales este planteamiento. En el caso *Wright v Government of Argentina*⁷⁵, la recurrente fue acusada de intentar embarcar con cocaína

71 *Dibden v France* [2014] EWHC 3074 (Admin).

72 *Piotrowicz v Poland* [2014] EWHC 3884 (Admin).

73 *Piotrowicz* [2014] EWHC 3884 (Admin).

74 *Astrakevic* [2015] EWHC 131 (Admin) párr. [37].

75 *Wright v Commissioner of Police of the Metropolis* [2012] EWHC 669 (QB).

en su equipaje en un vuelo desde Argentina al Reino Unido. Huyó de Argentina y volvió al Reino Unido, desde donde se solicitó más tarde su extradición. En el curso de su recurso de apelación ante la *High Court*, la recurrente indicó por medio de su abogado que interesaba ser enjuiciada en el Reino Unido, y que admitiría su culpabilidad respecto de una acusación por el delito de intentar importar cocaína en el Reino Unido, en el caso de que dicha acusación fuese formulada en el Reino Unido. Su abogado ofreció garantías a estos efectos ante la *High Court*. La *High Court* estimó su recurso contra la resolución ordenando su extradición al amparo del artículo 3 del CEDH. Al adoptar esta decisión el tribunal destacó que, a pesar de la misma y a la luz de las garantías ofrecidas, la Fiscalía de la Corona tendría la posibilidad de iniciar un procedimiento penal en el Reino Unido contra la recurrente. Se desconoce si la recurrente fue después perseguida penalmente en el Reino Unido. No obstante, en los procesos de extradición en los que se plantea la cuestión del foro territorial debe quedar abierta la posibilidad de que los acusados sugieran a la Fiscalía nacional la posibilidad de ser perseguidos penalmente en el Reino Unido sobre la base de su propia admisión de culpabilidad.

Por lo demás, parece claro que la *High Court* será bastante deferente hacia la decisión del Juez de Distrito en lo relativo al foro territorial, por lo que resultará muy difícil en la práctica apelar con éxito la resolución de primera instancia. En su resolución en el caso *Astrakevic*⁷⁶, la *High Court* destacó que el Juez de Distrito ha de hacer un “juicio de valor” respecto del examen relativo a los intereses de la justicia, y que el recurso de apelación solo puede basarse en los motivos tradicionales de derecho público. Al resolver así la *High Court* ha emitido un mensaje claro: los recursos de apelación contra las resoluciones relativas al foro territorial normalmente resultarán inviables y claramente no podrán suponer que la *High Court* se limite a sustituir por su propio criterio de decisión el del Juez de Distrito.

Hasta hoy no se ha interpuesto ningún recurso en relación con el certificado del fiscal. A pesar del deseo evidente de los tribunales en el sentido de adoptar un planteamiento estrecho y restrictivo respecto de la causa de denegación por el foro territorial, resulta inevitable que la impugnación del certificado implicará necesariamente la consideración del proceso de toma de decisiones por el fiscal, del enfoque adoptado por este y del material tomado en consideración. De nuevo, puede que por esta razón los fiscales continúen siendo reacios a emitir el certificado y adopten la opción más cautelosa consistente en expresar simplemente una convicción en cuanto al foro territorial adecuado.

Conclusión sobre el foro territorial

A pesar del amplio grado de discrecionalidad atribuido al Juez de Distrito por las disposiciones relativas al foro territorial, las resoluciones iniciales indican que los tribunales continuarán siendo deferentes hacia las opiniones de los fiscales en lo que respecta al foro territorial adecuado para el enjuiciamiento penal. Además, la *High Court* ya ha procurado restringir los motivos por los que cabe escrutarse e impugnar la “convicción del fiscal”. No obstante, no es previsible que pase demasiado tiempo antes de que se plantee otro caso similar al de “los tres de Natwest”. Los tribunales del Reino Unido tendrán entonces que decidir exclusivamente sobre el foro territorial adecuado para el enjuiciamiento penal, a la vez que procuran ser deferentes hacia las opiniones de los fiscales a este respecto.

⁷⁶ *Astrakevic* [2015] EWHC 131 (Admin) párr. [34].

EL NUEVO REQUISITO DE LA AUTORIZACIÓN PARA INTERPONER RECURSO Y EL EXAMEN A APLICAR EN LOS RECURSOS SOBRE CASOS RELATIVOS AL ART. 8 DEL CEDH

Desde el precedente del Tribunal Supremo en su resolución sobre el caso HH⁷⁷ se ha producido un notable incremento de la inclinación de la *High Court* a denegar la extradición en grado de apelación⁷⁸, tomando en consideración un mayor número de factores en el ejercicio de ponderación. Como resultado, entre los abogados especializados en extradición existe la percepción de que los argumentos basados en el artículo 8 del CEDH en favor de la persona reclamada cuentan con mayores probabilidades de ser aceptados en grado de apelación. Dos acontecimientos recientes han venido a cuestionar esa percepción.

En primer lugar, desde el 15 de abril de 2015⁷⁹ el derecho automático al recurso en los procedimientos de extradición ha sido sustituido por una fase en la que se resuelve sobre la autorización para recurrir⁸⁰. El umbral para la concesión de la autorización para recurrir consiste en que el recurso sea defendible⁸¹. El Gobierno tiene la esperanza de que esta exigencia traiga consigo una reducción del número de recursos infundados. Sin embargo, si se rechaza la solicitud escrita para obtener la autorización, cabe reiterar dicha solicitud⁸². En consecuencia, parece que este efecto positivo será limitado, y, a menos que se resuelvan las cuestiones relativas al reconocimiento automático del derecho a la asistencia jurídica gratuita, podría provocar el resultado de que algunos recursos defendibles no resulten admitidos⁸³.

En segundo lugar, la *High Court* ha abordado recientemente cuál ha de ser el planteamiento adecuado del tribunal de apelación en relación con la impugnación de la proporcionalidad de una orden de extradición al amparo del artículo 8 del CEDH. Existen tres posibles planteamientos a este respecto: i) una nueva audiencia plena en grado de apelación; ii) una reconsideración de la decisión sobre la proporcionalidad; o, iii) una revisión (*review*) de la resolución del Juez de Distrito dictada en primera instancia. El primer planteamiento nunca ha llegado a ser adoptado y puede ser descartado, cuando menos por las restricciones legales sobre la admisibilidad de nuevas pruebas en grado de apelación⁸⁴. El segundo enfoque ha sido adoptado en algunos casos con el argumento de que el tribunal de apelación es un órgano público con sus propias competencias para tomar en consideración cuestiones relativas a derechos fundamentales, de acuerdo con la Sección 6 de la Ley de Derechos Humanos de 1998 (*Human Rights Act 1998*). No obstante, cuando se trata de recursos de apelación contra resoluciones judiciales, más que contra resoluciones administrativas o ejecutivas, al tribunal de apelación casi nunca se le ha solicitado que lleve a cabo la revisión de la resolución del tribunal inferior⁸⁵.

En consecuencia, en su resolución en el caso *Belbin*⁸⁶, la *Divisional Court* resolvió que la revisión es el enfoque correcto en un recurso de apelación sobre la decisión en

77 *R (on the application of HH) v Westminster City Magistrates' Court* [2012] UKSC25; [2013] A.C. 338.

78 Véanse los comentarios del juez Blake en la resolución *Matuszewski v Poland* [2014] EWCH 357 (Admin) párr.[20].

79 Anti-social Behaviour, Crime & Policing Act 2014 (Commencement N° 9 and Transitional Provisions) Order 2015.

80 Sección 160 de la Ley sobre comportamiento antisocial, delito y policía de 2014 (*Anti-social Behaviour, Crime & Policing Act 2014*).

81 Sección 6 (5) de la Ley de Extradición de 2003 (*Extradition Act 2003*).

82 Normas de Procedimiento Penal (*Criminal Procedure Rules*), n. 17.22

83 House of Lords Select Committee on Extradition, Second Report, *Extradition Law and Practice*, para 274.

84 *Hungary v Fenyvesi* [2009] EWHC 231 (Admin) párr.[32].

85 Respecto de las resoluciones de ejecución, véase, *R (on the application of Begun) v Denbigh High School Governors* [2006] UKHL 15 [2007] 1 A.C. 100; *Belfast City Council v Miss Behavin' Ltd* [2007] 1 W.L.R.

86 *Belbin* [2015] EWHC 149 (Admin) párr. [66], fn. 57.

materia de proporcionalidad. En lo que se refiere al estándar de esa revisión, el tribunal concluyó que la impugnación con éxito de la decisión en materia de proporcionalidad sólo podría producirse si el juez: i) aplicó incorrectamente la ley; ii) llegó a una conclusión irrazonable en materia de hechos; iii) dejó de tomar en consideración un factor relevante o tomó en consideración un factor irrelevante; o, iv) llegó a una conclusión general absurda o contraria a las pruebas.

La última categoría parece exigir el estándar *Wednesbury*⁸⁷ de irracionalidad para que el recurso resulte estimado. La resolución en el caso *Belbin* se basa en la sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido (*UK Supreme Court*) en el caso *Re B (A Child) (FC)*⁸⁸. El magistrado Clarke aclaró que la resolución del Tribunal Supremo *no* supone que solo se considerará que el juez de primer grado incurrió en un error si adoptó una decisión a la que no hubiera llegado ningún juez razonable⁸⁹. Al hacer esto, el magistrado Clarke vino a respaldar el enfoque más matizado adoptado por el magistrado Neuberger en la resolución mayoritaria. Lord Neuberger identificó siete posibles conclusiones alternativas a las que podría llegar el juez competente para conocer del recurso en relación con la decisión de primera instancia respecto de la proporcionalidad. Cuatro de las alternativas conducirían a la desestimación del recurso y las otras tres a la estimación del recurso⁹⁰. El alcance de la práctica de pruebas orales ante el juez de primera instancia constituirá un factor significativo para determinar en cuál de las categorías puede ser encuadrada la decisión y cuál será el resultado del recurso⁹¹.

El “estándar de revisión” y, en particular, la cuarta categoría establecida en la sentencia del caso *Belbin* ha sido el objeto de un recurso recientemente sometido a la decisión del *Lord Chief Justice*⁹². Todavía está pendiente de sentencia pero, conjuntamente con la exigencia de autorización para recurrir, puede tener consecuencias significativas en el volumen de recursos futuros en materia de extradición⁹³.

LA UTILIZACIÓN DE GARANTÍAS EN LOS CASOS RELATIVOS A LOS DERECHOS HUMANOS

En los últimos años la utilización de garantías en los procesos de extradición se ha hecho mucho más frecuente, en parte como consecuencia del enorme incremento de

87 Este estándar fue introducido por la sentencia del Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales (*Court of Appeal of England and Wales*) en su sentencia del caso *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223. En esencia, define el grado de irracionalidad de las resoluciones de los órganos públicos que podría servir de fundamento para la anulación de éstas por la vía de la revisión judicial (*judicial review*), y su formulación supone que los órganos jurisdiccionales no pueden anular o revisar las resoluciones de los órganos administrativos, salvo que se trate de una resolución “tan irrazonable que ninguna autoridad razonable pudiera haberla adoptado o resuelto en ese sentido” (N. de los T.).

88 *Re: B (A Child) (Care Proceedings: Appeal)* [2013] UKSC 33; [2013] 1 W.L.R. 1911.

89 *Re: B (A Child)* [2013] UKSC 33; [2013] 1 W.L.R. 1911 párr. [140].

90 *Re: B (A Child)* [2013] UKSC 33; [2013] 1 W.L.R. 1911 párr. [93]: “El juez encargado de conocer del recurso puede concluir que la conclusión del juez de primera instancia respecto de la proporcionalidad es: i) la única opinión posible, ii) una opinión que aquél considera correcta, iii) una opinión dudosa, pero que considera correcta en un ejercicio de ponderación, iv) una opinión respecto de la que no puede decidir si es correcta o errónea, v) una opinión dudosa, pero que considera errónea en un ejercicio de ponderación, vi) una opinión que considera errónea, o vii) una opinión que considera indefendible. El recurso debe ser desestimado si la opinión del juez encargado de conocer del recurso se incluye en las categorías i) a iv) y estimado si dicha opinión se incluye en las categorías vi) o vii)”.

91 *Re: B (A Child)* [2013] UKSC 33; [2013] 1 W.L.R. 1911 párr. [95].

92 *Celinski v Poland* [2012] EWHC 3877 (Admin); [2007] 1 W.L.R. 768.

93 Con posterioridad se ha publicado la sentencia del caso *Celinski*. La sentencia, de fecha 6/5/2015, Neutral Citation Number: [2015] EWHC 1274 (Admin), resuelve también otros casos de OEDEs emitidas por Polonia y Eslovaquia. En el caso concreto de *Celinski* la decisión de la HCJ (*Administrative Court*), con ponencia del *Lord Chief Justice* Lord Thomas of Cwmgiedd, estima la apelación, revoca la sentencia del juez de distrito y acuerda la extradición a Polonia (N. de los T.).

peticiones de extradición recibidas por el Reino Unido tras la introducción de la OEDE en 2004. La cuestión fue recientemente analizada por el Comité Especial sobre Extradición de la Cámara de los Lores⁹⁴, que expresó su preocupación sobre el alcance de la posible supervisión y de la ejecución efectiva de dichas garantías.

El planteamiento actual respecto de las garantías

El planteamiento del TEDH supone que la cuestión relativa a la ejecución de las garantías solo adquiere relevancia una vez que se ha determinado que existe un riesgo real de que dichas garantías pudieran no ser respetadas⁹⁵. Si el Estado requirente tiene un buen historial de observancia de las garantías diplomáticas los tribunales nacionales han sido poco proclives a concluir que existe un riesgo real de incumplimiento⁹⁶. El problema de este enfoque es que, en defecto de acuerdos efectivos de supervisión, resulta imposible que el tribunal valore en la práctica si el historial de observancia de las garantías por parte de un Estado en concreto es bueno o no; en todos los casos, salvo en aquellos de perfil destacado, sencillamente no existe ninguna información sobre si las garantías ofrecidas antes de la extradición han sido respetadas tras la entrega.

Como anécdota, existen ejemplos de casos en los que las garantías no han sido respetadas, algunos de los cuales fueron expuestos ante el Comité Especial sobre Extradición de la Cámara de los Lores durante las audiencias para la elaboración del informe *UK Extradition Law and Practice*. En dos de estos ejemplos los expertos consideraron que el incumplimiento fue consecuencia de un error administrativo o de un descuido, y no de una falta de respeto deliberada hacia las garantías⁹⁷.

El caso *Aleksynas*⁹⁸ da una idea de las dificultades a las que se enfrentan en la práctica los Estados requirentes para asegurar que las garantías sean cumplidas. En ese caso se expuso ante la *Divisional Court* que existía falta de claridad respecto de las categorías de personas reclamadas a las que les resultaban aplicables las garantías; y confusión sobre si las garantías podrían aplicarse retroactivamente; y que los fiscales nacionales (y presumiblemente la policía y los funcionarios de prisiones) desconocían que existiesen garantías, ya que éstas habían sido establecidas en documentos de acceso restringido. Aunque estos problemas determinaron tres incumplimientos de las garantías, que fueron expuestos ante el tribunal, la *Divisional Court* concluyó, empero, que los incumplimientos se produjeron como consecuencia de “las dificultades iniciales”, y que no existía un riesgo real de que las garantías resultaran incumplidas en los casos de los recurrentes.

Las recomendaciones del Comité Especial sobre Extradición de la Cámara de los Lores

Como consecuencia del resultado de las audiencias previas a su informe, el Comité Especial sobre Extradición de la Cámara de los Lores concluyó que los actuales acuerdos de supervisión de las garantías presentan deficiencias. Esto es así porque no existe ninguna vía efectiva para valorar si una garantía ha sido incumplida y, consecuentemen-

94 House of Lords Select Committee on Extradition, Second Report, *Extradition Law and Practice*.

95 *Ahmad v United Kingdom (Admissibility)* (2010) 51 E.H.R.R. SE6 párr. [108].

96 *Hilali v Spain* [2006] EWHC 1239 (Admin); *Mustafa v United States* [2008] EWHC 1357 (Admin); [2008] 1 W.L.R. 2760 párr. [62].

97 House of Lords Select Committee on Extradition, Second Report, *Extradition Law and Practice*, párrs. 67 y 79.

98 *Aleksynas v Lithuania* [2014] EWHC 437 (Admin).

te, ningún recurso efectivo a disposición de la persona reclamada en los supuestos en los que se haya producido el incumplimiento⁹⁹. El Comité Especial sobre Extradición de la Cámara de los Lores también recomendó, entre otras cosas, que se tomara en consideración la posibilidad de incluir, junto con las propias garantías, detalles sobre cómo pueden ser supervisadas las mismas¹⁰⁰.

Mecanismos de supervisión

En el curso de las audiencias ante el Comité Especial sobre Extradición de la Cámara de los Lores se expusieron diversas vías prácticas para la supervisión de las garantías relativas a la extradición. Una de las propuestas consistió en que únicamente se aceptaran garantías de Estados firmantes del Protocolo Adicional a la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, que impone a los Estados parte la existencia de un “mecanismo preventivo nacional”, consistente en un órgano independiente con competencias para realizar visitas a los centros de detención¹⁰¹.

Este enfoque fue considerado en la resolución de caso *Florea*¹⁰², en la que el juez Blake concluyó que los mecanismos exigidos por el Protocolo Adicional no fijan un estándar mínimo en este campo y que, aunque los órganos independientes de supervisión pueden contribuir a la supervisión efectiva, los órganos no independientes como el defensor del pueblo nacional o el juez que ofreció las garantías pueden proporcionar una “supervisión interna”.

La dificultad del enfoque basado en la “supervisión interna” es doble. En primer lugar, para que pueda verificarse es necesario que el juez que ofreció las garantías o el defensor del pueblo tengan conocimiento, tanto de las garantías como de las disposiciones prácticas relativas a la privación de libertad de la persona reclamada tras su entrega. Esto dependerá, a su vez, de la naturaleza de las disposiciones administrativas en el Estado requirente y del grado de disposición y capacidad para formular quejas sobre cualquier incumplimiento por parte de la persona reclamada, ninguna de las cuales puede ser dada por sentado. En segundo lugar, incluso si la supervisión interna fuese efectiva en el sentido de identificar y corregir cualquier incumplimiento en el Estado requirente, ello no solucionaría necesariamente la preocupación señalada por el Comité Especial sobre Extradición de la Cámara de los Lores en el sentido de que la fiabilidad de las garantías futuras no puede ser valorada con exactitud, a menos que las autoridades del Reino Unido también sean informadas de los incumplimientos.

Un método alternativo de supervisión sugerido en las audiencias ante el Comité Especial sobre Extradición de la Cámara de los Lores consiste en requerir al Gobierno del Reino Unido para que asuma un papel más relevante en la supervisión de las garantías, aunque los expertos que declararon ante el Comité Especial sobre Extradición de la Cámara de los Lores difirieron en cuanto a la extensión de las facultades del Reino Unido para supervisar el cumplimiento de las garantías respecto de ciudadanos no británicos privados de libertad en terceros países¹⁰³. Al momento presente el Ministerio del Interior (*Home Office*) está realizando una revisión para verificar si “hay algunas medidas que deban ser adoptadas para proporcionar mayor seguridad a las garantías”¹⁰⁴. Dada la falta

99 House of Lords Select Committee on Extradition, Second Report, *Extradition Law and Practice*, párrs. 88-89.

100 House of Lords Select Committee on Extradition, Second Report, *Extradition Law and Practice*, párrs. 90-93.

101 House of Lords Select Committee on Extradition, Second Report, *Extradition Law and Practice*, párr. 81.

102 *Florea v Romania* [2014] EWHC 4367 (Admin) pár. [25].

103 House of Lords Select Committee on Extradition, Second Report, *Extradition Law and Practice*, párr. 82.

104 House of Lords Select Committee on Extradition, Second Report, *Extradition Law and Practice*, párr. 84.

de claridad sobre la posibilidad de que el Gobierno del Reino Unido esté en posición de asumir visitas similares a las consulares respecto de ciudadanos no británicos privados de libertad en el extranjero, y sobre los recursos que requeriría este tipo de supervisión personal de las garantías, no parece que la supervisión por el Gobierno del Reino Unido pueda suponer una respuesta completamente satisfactoria a la preocupación expresada por el Comité Especial sobre Extradición de la Cámara de los Lores.

Se ha sugerido otro posible mecanismo de supervisión, al menos en lo que respecta a las garantías ofrecidas por los territorios de la Parte 1 de la Ley de Extradición de 2003, que consistiría en otorgar al tribunal del Reino Unido que recibió las garantías o a la Agencia Nacional del Delito (*NCA*)¹⁰⁵ un papel mayor en la supervisión del cumplimiento de dichas garantías. Este planteamiento exigiría que las autoridades requirentes de extradición informaran si las garantías ofrecidas han sido respetadas o no. Esta medida no supondría un mecanismo eficaz de protección frente al incumplimiento deliberado de las garantías, pero sería útil para identificar y, en consecuencia, resolver incumplimientos derivados de problemas prácticos de índole administrativa en el cumplimiento de las garantías. Aunque los tribunales del Reino Unido o la *NCA* carecerían de facultades para actuar en el caso de que la autoridad judicial se negara sencillamente a proporcionar la confirmación requerida, esta negativa o la falta de comunicación de la necesaria confirmación podría ser tomada en consideración por los tribunales a la hora de decidir si se puede confiar en las garantías ofrecidas en el futuro por el Estado miembro de que se trate.

Conclusión sobre las garantías

Pese a que existe una necesidad evidente de articular dispositivos efectivos de supervisión para asegurar que las garantías ofrecidas en los casos relativos a los derechos humanos son en realidad un mecanismo efectivo para la protección de los derechos de la persona reclamada, no parece que exista una solución “de talla única”. Esto es así por la variedad de cuestiones respecto de las que se ofrecen garantías en los procesos de extradición, y por la disparidad de los historiales en materia de derechos humanos de los Estados con los que el Reino Unido tiene convenios de extradición. Puede que haya algunos casos, como los de deportaciones con garantías en el marco de las mismas, en los que la sola supervisión por un órgano independiente será suficiente. Habrá otros muchos casos en los que la supervisión por los tribunales del Reino Unido, la *NCA* o el Gobierno del Reino Unido resultará suficiente. La recomendación del Comité Especial sobre Extradición de la Cámara de los Lores en el sentido de incluir mecanismos de supervisión en las propias garantías constituye un buen punto de partida y es suficientemente flexible como para asegurar que el mecanismo de supervisión se adecúa a las circunstancias del caso concreto. Queda por ver si, en la práctica y a la luz de las recomendaciones del Comité Especial sobre Extradición de la Cámara de los Lores, los tribunales del Reino Unido someterán los mecanismos de supervisión o la falta de los mismos a un escrutinio más intenso.

¹⁰⁵ En cuanto autoridad designada por el Reino Unido al amparo de Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI de 13 de Junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, la *NCA* tiene competencia para comunicarse con las autoridades emisoras de OEDs.

SEMBLANZA DE EDUARDO J. COUTURE*

Ángel LANDONI SOSA

Evocamos hoy su figura y nos preguntamos: ¿cuáles han sido los rasgos tan fuertes de su personalidad que han incidido para que aún hoy, a 60 años de su muerte, su espíritu viva entre nosotros y sea recordado con admiración y afecto tanto en el Uruguay como en el mundo jurídico entero?

Couture fue, sin duda, un hombre superior, cuyo tránsito por la vida fue una permanente siembra de ideales y valores. Un espíritu inquieto en búsqueda de lo esencial en la convivencia entre los hombres. Su mensaje es universal e intemporal y ello explica la permanente reedición de sus obras.

Elas han sido y seguirán siendo fuente de inspiración para las nuevas generaciones, pues de ellas brota pasión por la libertad, por la justicia social, por el mejoramiento moral y material del hombre, por la cultura, por la belleza y por el ideal de un mundo en paz.

Su amor por dichos valores e ideales fue el fuego que avivó la vida espiritual de las abundantes promociones de sus discípulos que aún conservan la vivencia de sus magistrales clases, conferencias y discursos.

Mirando en perspectiva su obra nos damos cuenta de que no ha habido un único Eduardo J. Couture, sino muchas personas en una sola figura.

“Los perfiles de su personalidad” —como lo destacara Mezzera¹— “estaban realzados por la bondad de su corazón, la tolerancia de su espíritu y la amplia soberanía de su pensamiento. Todos quienes le conocieron en la intimidad de su vida sabían de la generosidad de su alma, que siempre estaba por encima de la incomprensión o de la envidia; de la fortaleza de su amistad, que proporcionaba la ayuda, el consejo o el estímulo; de la delicadeza de sus sentimientos, revelada en mil pequeños detalles cotidianos; de la intensidad del amor a los suyos, que giraban dulcemente alrededor del polo magnético de su ágil y brillante figura”.

Hizo de la tolerancia una ley para su caminar por la vida que le llevó a afirmar²: “La Ley de la Tolerancia significa, ante todo, comprender a nuestro semejante. La verdad no la tiene nadie en su mano; es más, de nuestra mano se pueden escurrir, como granos de arena, pedacitos de verdad que irán a parar a manos de nuestro adversario. No es ningún mérito respetar las ideas que compartimos, sino que el mérito consiste en respetar las ideas que aborrecemos”.

El jurista acto seguido da paso al filósofo y éste nos dice: “La plena libertad de nuestra conciencia sólo la habremos de conquistar el día que lleguemos a sentir intenso amor por aquél que no piensa como nosotros”.

Couture se caracterizó por ser un pensador innovador, adelantado a su época, un auténtico hombre de vanguardia.

* Discurso pronunciado por el autor en los homenajes que se realizaron a Eduardo J. Couture en la Universidad Católica de Lima el 28 de abril de 2016, y en Montevideo, en la que fuera su casa sita en Bulevar España 2122, el 5 de mayo del mismo año.

1 Mezzera Álvarez, Rodolfo, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, en el Prólogo a *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1957, pp. V-VIII.

2 *Memorias*.

Lo señaló Calamandrei³, en su discurso de inauguración del Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil celebrado en Florencia del 30 de Setiembre al 3 de Octubre de 1950, cuando calificó como “ensayo magistral” el trabajo de Couture sobre “Las garantías constitucionales del proceso civil”.

Dicha calificación la reiteró Fix Zamudio en 1970 y la destacó Mauro Cappelletti en el Congreso Internacional de Derecho Procesal desarrollado en 1983 en Würzburg, Alemania.

Confirma dicho juicio la circunstancia de que el *Código Modelo para el Proceso Civil* elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, así como el Código General del Proceso uruguayo, vigente desde 1989, recogieron muchas de las soluciones que ya consagraba el *Proyecto de Código de Procedimiento Civil* de Couture de 1945.

Docente de excepción, que a la profundidad en el análisis conceptual, unía dos virtudes: la claridad y la fluidez amena de su exposición, a las que deberíamos añadir la armonía de sus palabras, provenientes, tal vez, de sus profundos conocimientos de la música clásica.

En “Confidencias sobre sí mismo”⁴ señalaba: “he aspirado siempre a que mis libros sean, ante todo, pensamiento y estructura; que la diafanidad de la frase fuera el conducto necesario para que el lector llegara sin distracción hacia la idea que he querido expresar”.

Ello en gran medida explica el recuerdo que aun conservan sus alumnos de sus clases y el homenaje que le rindiera nuestra Facultad de Derechos con la placa que colocara en su tumba y que reza: “Tuvo fe en el Derecho y supo enseñarlo con sublime emoción”.

Fue un eximio conferencista que cautivaba a su público.

En diversas circunstancias cuando se requería que alguien representara a los abogados uruguayos, el nombre de Couture fluía espontáneamente.

Así lo hizo en numerosas ocasiones con discursos memorables, sobresaliendo, entre ellos, el que pronunciara dando la bienvenida a las delegaciones que concurrieron a la VIII Conferencia Interamericana de Abogados que tuvo lugar en Montevideo en 1951.

En dicha oportunidad, presentando a su país y a sus habitantes⁵ se preguntaba: “... ¿qué es lo que existe en el fondo mismo de nuestra convicción democrática del gobierno...?”, y se respondía: “Primero la libertad, luego la justicia social, y por último, lo que Valery llamaba la política del espíritu.”

“Nuestro pueblo” —decía— “está convencido de que sólo se le puede gobernar con el más amplio margen posible de libertad compatible con el orden. No creemos en el gobierno fuerte, porque la teoría del gobierno fuerte no es sino la teoría del individuo débil. Gobierno fuerte e individuo fuerte son incompatibles. Y nosotros hemos preferido respetar la libertad, aunque para ello más de una vez, haya habido que sacrificar un poco la autoridad”.

“Pero también nos hemos persuadido” —agrega— “de que la libertad frente a la mesa sin pan y al hogar sin fuego, es un cruel engaño”.

“Por último, queda todavía como punto esencial de la democracia lo que llamamos política del espíritu”.

“Creemos firmemente” —nos decía— “que el pueblo sólo se eleva por la educación y que en ella se encuentra el rumbo de su perfeccionamiento. En la democracia, la educación tiene una importancia superior al derecho. La educación tiene una significación

3 Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Librería El Foro, Buenos Aires, Vol. III, pp. 201-222, especialmente p. 220.

4 Couture, Eduardo J., *El Arte del Derecho y otras Meditaciones*, FCU, 2ª edición, 1998, p. 64.

5 Couture, Eduardo J., “Tu patria y la mía”, Colegio de Abogados del Uruguay, Montevideo, Noviembre 1951, Editorial M.B.A.

primaria, en tanto que el derecho tiene una significación secundaria. La educación, no tanto la educación en el saber como la educación en el carácter y en la virtud, constituye un método preventivo del derecho”.

Otros rasgos de su personalidad fueron su solidaridad y su humildad.

A tal efecto vamos a referir brevemente dos anécdotas.

Eran los años de la Segunda Guerra Mundial. Tal vez la más dramática de esas historias sea la del Decano de la Facultad de Derecho de Berlín, James Goldschmidt, quien en el mes de octubre de 1939 le dirige a Couture una carta desde Cardiff (Inglaterra) donde, ya comenzada la guerra, le expresa lo siguiente:

“Conozco sus libros y tengo referencias de Usted. Estoy en Inglaterra y mi permiso de residencia vence el 31 de diciembre de 1939. A Alemania no puedo volver por ser judío; a Francia tampoco, porque soy alemán; a España menos aún. Debo salir de Inglaterra y no tengo visa consular para ir a ninguna parte del mundo. ¿Podría usted darle alguna solución a mi problema?”⁶

En similares términos se refería el profesor Enrico Tullio Liebman, en correspondencia de Noviembre de 1938 donde le manifestaba a Couture: “...si bien yo soy católico de nacimiento e hijo de madre católica, debo forzado por las últimas reglamentaciones dejar la enseñanza universitaria en Italia”, y le solicitaba a Couture hiciera el favor “...lo antes posible de conseguirme cualquier encargo universitario o secundario que me permitiera proveer a las más elementales necesidades de la vida dado que no podré expatriarme si no es con una pequeña suma de dinero. Además, para obtener la visa del pasaporte es necesario que pueda demostrar que tengo un puesto en el país de destino. Le dirijo por ello la más ferviente plegaria de que usted se interese en este sentido”⁷.

A ambos acogió Couture en Montevideo, brindándoles su solidaridad cuando era un joven abogado, con modestos recursos materiales a su disposición pero con un corazón grande, abierto a las necesidades de quienes solicitaban su ayuda.

Pero a su generosidad, añadimos la virtud de la humildad, que resalta su grandeza. Para ello rescatamos sus palabras en el Prefacio de su “Introducción al estudio del proceso civil”, que recoge sus notables conferencias pronunciadas en La Sorbona de París en 1948, cuando expresara: “...sólo después de haber durante 20 años estudiado y pensado sobre las mismas cosas, creo haber comenzado a entenderlas un poco”⁸.

O cuando en ocasión de su recepción en la Academia Nacional de Letras de Montevideo, ante las palabras de bienvenida que pronunciara en su honor el Académico Dr. Dardo Regules que expresó: “Hoy las puertas de esta casa se abren de par en par para que llegue al sitio de los académicos un hombre ilustre que viene de la lucha ardiente con las armas limpias de inquietud, porque ha servido con firme vocación esclarecida el ideal del derecho, la libertad y la paz armoniosa, que nos acerca a realizar en nosotros el tono de una sana humanidad”; Couture contestó con auténtica humildad: “La Academia ha elegido para sustituir a un príncipe de la inteligencia (José Irureta Goyena) a un modesto obrero del derecho; para reemplazar a un artista han elegido un artesano”.

Su nombre ha quedado, para siempre, incluido entre nuestros más grandes Maestros, ya que no sólo renovó la ciencia procesal desde el punto de vista teórico, sino que, a través de su proyecto de Código de Procedimiento Civil, procuró que la tutela jurisdiccional fuese efectiva y eficiente.

6 Couture, Eduardo J., *James Goldschmidt. Un judío muerto por la libertad de la cultura*, Instituto ULPAN, Montevideo, 1955.

7 Archivo de Eduardo J. Couture. Carta del Avv. Prof. Tullio Liebman, fechada en Milán el 22 de noviembre de 1938.

8 Couture, Eduardo J., *Introducción al estudio del proceso civil*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, p. X.

Al respecto nos decía, en la fundamentación de dicho Proyecto, “Abreviar la justicia no es, pues, solamente, hacerla más rápida, es hacerla más oportuna, más limpia y sobretodo, más eficaz. Estos problemas necesitan una fórmula de solución directamente apegada a ellos. Esa fórmula es, en el proyecto, “sencillez, probidad, eficacia”⁹.

Cuando fue electo Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, elevó la calidad de la enseñanza de nuestra Casa de Estudios hasta niveles no superados hasta la fecha, y publicó en esa ocasión un artículo que llama a la reflexión y que tituló “La Ley del Honor”. En él indicaba: “La Ley del Honor impide al profesor aparentar que sabe más de lo que sabe; e impide al alumno ampararse en la fatiga, la edad o la tolerancia del profesor, para hacerle creer que sabe lo que no sabe.”

No menos trascendente fue su actuación como Presidente del Colegio de Abogados del Uruguay, de la cual nos legó esa auténtica joya que son “Los Mandamientos del Abogado”.

De ellos nos permitimos extraer solamente el octavo: “Ten fe en el derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como destino normal del derecho; en la paz, como sustitutivo bondadoso de la justicia; y sobretodo, ten fe en la libertad, sin la cual no hay derecho, ni justicia ni paz”.

Dichos Mandamientos, como lo señalara Leonardo Guzmán, “nos convocan a vivir la idealidad como parte de nuestra esencia personal y nos hacen sentir el Derecho y sus valores como una rectoría del pensamiento en lucha con la realidad cotidiana. Rectoría construida con “sangre, esfuerzo, sudor y lágrimas”, sin la cual la libertad se rebaja meramente a costumbre, la justicia a un simple trámite sin sustancia y la paz se deja violar por el desamor...”¹⁰.

Couture fue miembro de los Colegios de Abogados de Buenos Aires, México, Lima, Arequipa, San José de Costa Rica, y dictó conferencias, entre otras, en las Facultades de Derecho de París, Viena, Roma, Quebec, México, Miami, Tulane, Puerto Rico, Costa Rica, Honduras, Curitiba, Pelotas, Porto Alegre, Buenos Aires, Córdoba, Rosario, Santa Fe, Bahía Blanca, Santiago de Chile y Valparaíso.

Fue un trabajador infatigable y había hecho del género epistolar un culto; gracias a ello, se carteaba con infinidad de pares y amigos en el Uruguay y en el mundo.

Afectos y disquisiciones precisas enriquecían su correspondencia, lo que lo unía a otros espíritus selectos, especialmente los vinculados a la joven ciencia del Derecho Procesal.

Comienzan así las amistades y van surgiendo nombres, profesores, juristas, científicos del derecho de todo el mundo.

Para nombrar sólo a algunos, y dejando a salvo las posibles omisiones, decimos que entre ellos estuvieron: Cernelutti, Calamandrei, Liebman, Kelsen, Cappelletti, Henri Solus, René David, Marc Ancel, N. Alcalá Zamora y Castillo, Sentís Melendo, Alsina, Podetti, Sebastián Soler, Vélez Mariconde, Cossio, Eduardo B. Carlos, Amilcar Mercader, Eduardo García Maynez, Bruera, Díaz de Guijarro, Reimundín, Alfredo Orgaz, Alberto Spota, Alfredo Buzaid, Alcides de Mendonça Lima, Ary Florencio Guimaraes, Mozart V. Russomano, Luis Loreto y tantos otros, que transitaban caminos e ideales comunes.

Tenía amor por su comarca y por su familia “En último término —nos expresaba— nuestra vida se apoya en un metro cuadrado de tierra. En él está nuestra mesa de trabajo, con sus libros, sus papeles, bajo la luz de la lámpara, los retratos de nuestros padres y la presencia de nuestros hijos. A su lado está aquella a quien hemos elegido

9 Couture, Eduardo J., *Proyecto de Código de Procedimiento Civil. Exposición de motivos*, p. 47, Editora Impresora Uruguaya S.A., Montevideo, 1945.

10 Guzmán, Leonardo, “Couture y el ideal”, *Diario El País*, 5 de mayo de 2006, p. 6.

para recorrer juntos los caminos de la vida. En otras palabras: el respeto a lo pasado, la ilusión de lo futuro, la fe en lo presente. El mundo es grande pero, en último término, nuestra vida se asienta en ese metro cuadrado de tierra”¹¹.

Junto al gran hombre que estamos describiendo debemos siempre buscar a la gran mujer, a la fiel y excelente compañera, su esposa Anita, con quien compartió sueños y realizaciones y a la que se refiriera con cariño en su trabajo “Una cierta autobiografía”, que quedara a su muerte sin publicar y que rescatara del olvido su hija Inés en *El Arte del Derecho y otras Meditaciones*; allí Couture dijo: “Íntima es mi vida afectiva de la que participo intensamente y en cuya tibieza he hallado siempre las fuerzas necesarias para reparar alguna que otra pena, que alguna vez se ha acercado a mi vida...”.

Joven aún le asaltó la idea de su próximo fin, y en esa oportunidad escribió en sus *Memorias*: “Si la vida me deja hacer el Tratado, mucho mejor; si no me deja, no pasa nada; mis esfuerzos no están malogrados. En otras palabras: me puedo morir tranquilo”.

En cierta forma Couture, pensamos, estaba invitando a las nuevas generaciones a que no se quedaran con su obra ya hecha y que la muerte la habría dejado inconclusa, sino que esperaba que partieran de ella para culminarla.

De una vida tan rica, no es de extrañar que surgiera un conjunto de profesores que siguieron sus ideales, formando la denominada “Escuela Uruguaya de Derecho Procesal”, y que uno de sus discípulos, Enrique E. Tarigo, le dedicara uno de sus libros con estas palabras: “A Couture, el Maestro de todos”.

Para finalizar expreso mi agradecimiento en nombre de la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal “Eduardo J. Couture” y de su familia por este homenaje que sin duda hará trascender en el tiempo su mensaje.

11 Couture, Eduardo J., *La comarca y el mundo*, Editorial Depalma, 2ª Edición 1965, p. 152.

APUNTES *

- **Ministerio Fiscal: ¿del ministerio del Interior?**

En el contexto de una conversación estupefaciente dentro de la más burda ilegalidad (en la que se les ve a gusto, como en su medio más natural), Fernández Díaz, ministro del Interior en funciones, ahora también «alguacil alguacilado» —refiriéndose al modo de rentabilizar políticamente alguna insidia de las que tramaban— dice a De Alfonso (un ex magistrado que no debería volver a vestir toga): «eso lo afina el ministerio fiscal».

¿Presunción infundada, farol?

No parece. De una parte, porque hay motivos para pensar que un hombre temeroso de Dios y del acendrado fervor mariano de Fernández Díaz, aunque ya que no las leyes del estado, sí estaría dado a respetar los mandamientos del decálogo, de los cuales uno es «no mentirás». Y, de otra, porque cabe pensar con razonable fundamento que hablaba por experiencia, es decir, porque sabía de las habilidades del ministerio público a la hora de desbastar opiniones e iniciativas tan gruesas como las suyas.

Pero todo parece indicar que en el caso de la recusación del magistrado José Ricardo de Prada Solaesa la capacidad del fiscal para poner en fino los exabruptos de Fernández Díaz ha experimentado un rotundo fracaso. Para comprobarlo basta leer sus escritos de apoyo a las peticiones de recusación del magistrado, que, dada la calidad de los argumentos, podrían haber sido redactados por el mismísimo Fernández Díaz.

Resulta que De Prada Solaesa se permitió opinar en una mesa redonda que en nuestro país había faltado decisión, también en medios judiciales, para investigar y perseguir la tortura; que los tipos de los delitos de terrorismo se han interpretado, no restrictivamente, sino con amplitud, para extender su aplicación a conductas no propiamente terroristas en sentido estricto; y que la llamada «prueba pericial de inteligencia» presenta evidentes dificultades de caracterización técnica y de viabilidad legal.

Pues bien, sucede que, como todo el mundo sabe (a excepción del fiscal y de Fernández Díaz) el Estado español ha sufrido nada menos que *¡siete!* varapalos, *¡siete!*, de la más alta instancia judicial europea, por su falta de decisión en la investigación y persecución de la tortura en medios policiales. Como sucede también que el gobierno al que pertenece el singular ministro, ha tenido el cuajo de indultar en más de una ocasión a policías torturadores, sin despeinarse. Y como sucede, en fin, que la «prueba pericial de inteligencia», aparte de una verdadera *autodescalificación*, ya en el nombre, para quien la adopta (recuérdese: el perito aporta al tribunal algo que este no tiene), es un verdadero engendro procesal, dirigido a potenciar el (inexistente) valor probatorio del atestado.

Según las asociaciones promotoras de la recusación del magistrado De Prada Solaesa, las opiniones manifestadas le habrían hecho perder la apariencia de imparcialidad, la confianza de algunos ciudadanos en su capacidad de juzgar con equidistancia en las causas seguidas por delitos de terrorismo. Y esto es algo que le parece bien al fiscal y asimismo a los magistrados Hurtado, Poveda, López, González, y a la magistrada

* Sección a cargo de P. Andrés Ibáñez, J. Fernández Entralgo y J. Hernández García.

Espejel, firmantes de un voto particular propio de la *escuela de Fernández Díaz*. De él se sigue: primero, que los veinticinco años de impecable ejercicio de la jurisdicción de De Prada Solaesa en la Audiencia Nacional, no alimentarían ninguna apariencia valorable de la calidad de su imparcialidad. En segundo lugar que ser crítico con algún aspecto de la legislación en vigor, inhabilita para aplicarla; de modo que, por poner solo un ejemplo, de los muchos que cabrían: no ser juradista convencido (como, casi con seguridad, no lo será más de uno de los votantes particulares aludidos) constituiría una causa de recusación y un impedimento legal para presidir juicios con jurados. Y, en fin, que no parece aventurado afirmar que quienes, como los magistrados y la magistrada aludidos, cierran los ojos a la más que posible existencia de la tortura, que se sigue de las sentencias de la alta instancia judicial europea, deberían cuestionar su propia aptitud para enjuiciar en no pocos casos de los sometidos a su conocimiento. Por *no saber* que, al menos, desde *Miranda vs. Arizona*, el abatimiento de garantías fundamentales del imputado que produce la legislación antiterrorista (la incomunicación en cuartel o comisaría, sobre todo), aumenta de manera exponencial el riesgo de malos tratos.

Este aquellarre policial-judicial urdido contra De Prada Solaesa brinda una excelente oportunidad para recordar el impactante juicio de Rocco Scotellaro: «*Un juez [y un fiscal] que no se pregunta por las cosas [...] es el escribiente del carabiniere [...] es un mecanismo*».

De las manifestaciones de Fernández Díaz que están en el origen de estas bochorrosas vicisitudes forma parte la torpe tacha de indignas e infames de las bien fundadas opiniones del magistrado De Prada Solaesa: ¿De verdad es José Ricardo De Prada Solaesa quien está del lado de la indignidad y de la infamia?

• **Ausbanc y los jueces**

El diario *El País*, al saberse de las acciones judiciales y de la intervención policial sobre los responsables y las sedes de Ausbanc y de Manos Limpias, abrió por dos veces, a cuatro columnas, con la noticia de que algunos jueces y fiscales habrían intervenido en cursos organizados por la primera y percibido por ello alguna retribución.

No se negará que esta información fuese noticiosa; y nunca se insistirá lo bastante en el argumento de que los titulares de funciones públicas como las de que se trata tienen que ser especialmente cuidadosos en la selección de las personas o entidades con las que colaboran y con la clase de colaboración que prestan. También habrá que decir que Ausbanc, aun cuando no se supiese de ella lo que ahora se sabe, tenía un tufillo o tufazo que, aunque todavía no de delito, no debería haberle pasado inadvertido a un juez o fiscal avisado.

Pero, con todo, el tratamiento dado a la información de referencia pecó claramente de sensacionalismo y de falta de rigor. Primero, por el tono, deliberadamente alarmista de los titulares, dada la pobreza del contenido que seguía. Y, en segundo término, porque lo que luego se *desvelaba* era prácticamente nada o muy poco. Pues: ¿Cuántos jueces y fiscales? ¿Quiénes? ¿En qué clase de cursos sospechosos habrían intervenido?

Por otra parte, y dado que se trataba de hacer luz sobre algunas prácticas de ambas oscuras organizaciones, *El País* tendría que haber ido algo más lejos, informando, por ejemplo de que Banco Santander y Caixabank parecían ser los principales anunciantes en las publicaciones de Ausbanc, es decir: contribuían de forma decisiva a financiar sus tenebrosas actividades. Y habrá que suponer que ambas entidades no estarían peor informadas de la calidad de los destinatarios de su dinero que algunos jueces acerca del organizador de sus conferencias. Por eso, en rigor periodístico, el rotativo

madrileño no debió hurtar este dato a sus lectores. Otra cosa es sí —por razones ajenas al derecho a la información y al deber de informar— *tenía o no libertad* para difundirlo. Y de ser negativa la respuesta, esta sí que sería una noticia de portada.

• **La andaluza, una justicia mal ‘aconsejada’**

Emilio de Llera, consejero de Justicia de la Junta de Andalucía, un día, quién sabe por qué, decidió participar en el concurso de disparates que, con lamentable frecuencia, suele celebrarse en el ruedo de la opinión de este país. Y lo hizo con una aportación ciertamente gloriosa. Hela aquí: “Los jueces son independientes. Pero son tan independientes y tan irresponsables, que hacen lo que les da la gana y eso es tan peligroso...”. Y como todavía no se había quedado a gusto, remató: “Hitler también era independiente”.

O sea, que la constitucional independencia de la justicia y la *¿independencia?* de Hitler pertenecen al mismo género, y son igualmente peligrosas...

¿No será más bien lo realmente peligroso que un señor con semejante caos de ideas en el magín tenga alguna responsabilidad en el campo de la justicia?

• **El Ministerio Fiscal y el pan con tomate**

Como sin duda se recordará, la Delegación del Gobierno de Madrid prohibió el acceso de la bandera independentista catalana conocida como “estelada” a un campo de fútbol, durante una competición. La parlamentaria del PP Andrea Levy lo explicó según el guión de su líder carismático (“un plato es un plato”), informando de que la prohibición respondía a “criterios técnicos y operativos”, porque “el fútbol es el futbol”. Y este criterio gozó del apoyo del ministerio fiscal. Pero, menos mal, un magistrado de lo Contencioso-Administrativo, vino a restablecer la cordura, dejando sin efecto tal veto surrealista.

Forges, ese ensayista paradigmático que oficia a diario en *El País*, en la edición del 24 de mayo de este año, dedicó una viñeta luminosa al asunto. En ella, un exponente del partido del gobierno (en funciones) preguntaba: “¿Después de lo de la estelada qué se os ocurre para evitar que se hable del paro y de la precariedad laboral?” A lo que la interlocutora respondía: “Servidora propone prohibir el pantumaca”.

La prohibición, que está todavía pendiente, suscita un interrogante: En el caso de que llegara a producirse, ¿tendría también el ministerio fiscal algo contra el pan con tomate?

• **Y ellos se juntan**

Es una curiosa experiencia, la de pasar revista a un género de intervenciones incalificables en las que, por tradición, se prodiga la derecha política de este atribulado país. Comenzando con el precocísimo Zaplana de «Tú cobras la comisión y nos la repartimos bajo mano» y «Yo he venido a la política para forrarme» (*¿lo habrá conseguido?*); hasta el mucho más reciente José Miguel Moreno, exalcalde de Valdemoro (Madrid), confeso de haber ido al parlamento autonómico «a cobrar y a tocarse los huevos»; y que pedía dinero (naturalmente, sucio) para continuar haciendo lo segundo en su lugar de veraneo. Pasando por el Granados de la *Púnica* y del sutil «una polla como una olla»; y la Aguirre del «hijoputa», referido a un compañero de partido. Por el Rafael Hernando de la canalla asociación de la lucha extenuante de los familiares de las víctimas del franquismo por dignificar la memoria de sus muertos, con la existencia de subvenciones («cree el ladrón...»); o el entonces prometedor Pablo Casado de Nuevas Generaciones (*¡nuevas!*, sí), haciendo risas con «la guerra del abuelo» y «la fosa de no sé quién». Hasta llegar al

Alfonso Ruz, de Xátiva, cuentabilletes motorizado de dinero guarro. O a León de la Riva, el inolvidable regidor vallisoletano, con su machismo soez y una *finezza* como de establo. O a la exalcaldesa de Alicante de la andorrana, hortera y juvenil «noche de pijamas», con amigo constructor incluido...

Experiencia curiosa, sí, porque una encuesta, cierto que de andar por casa, entre lectores de esta publicación, ha dado el resultado de que todos los consultados coinciden en no conocer, entre las personas que habitualmente frecuentan, a nadie del perfil ético-estético sugerido por el *estilo* de los políticos que acaba de citarse.

EXTRACTOS/ABSTRACTS

El laboratorio griego de experimentación de un derecho internacional “patas arriba”

Gianni Tognoni

Los dramáticos indicadores socioeconómicos y de salud que han caracterizado la situación griega en los últimos años documentan la gravedad del impacto de la aplicación violenta e impuesta de medidas económico-financieras, que representan de hecho, a pesar de su forma legal, la violación de los derechos fundamentales de los pueblos.

Greece as the laboratory for the experiment of an upside down application of international law

The dramatically worsening socioeconomic and health indicators of Greece over the last 10 years are presented and discussed not simply as the product of the direct impact of economic constraints, but as the result of the planned inversion of the hierarchical normativity of fundamental human and peoples rights and financial-economic rules.

Apuntes críticos en torno a la “Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión” (ATCI/TTIP)

Javier A. González Vega

El artículo aborda críticamente algunas cuestiones relacionadas con la proyectada Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión en curso de negociación entre la UE y los EEUU. Constituyendo el más cumplido exponente de los acuerdos de libre comercio de nueva generación el acuerdo en ciernes plantea problemas ya en su misma negociación, dado que la confidencialidad que la rodea contraría abiertamente el principio de transparencia vigente en la UE. Asimismo, suscita dudas el eventual proceso de conclusión: ¿Sólo a cargo de la UE? ¿Concertado conjuntamente por ésta y sus Estados miembros? Además se plantea la eventual implicación de la ciudadanía en su celebración a través del mecanismo de la Iniciativa Ciudadana Europea. Finalmente, se evocan cuestiones también problemáticas tales como la cooperación regulatoria, el mecanismo de arreglo de controversias en materia de inversiones o el posible impacto del acuerdo sobre los derechos sociales.

Critical notes on the “Transatlantic Trade and Investment Partnership”.

This article explores critically some issues concerning the proposed Transatlantic Partnership on Trade and Investment currently negotiated between EU and USA as the best example of new generation of free trade agreements. The negotiating process of TTIP has revealed some specific trends: its secrecy has been questioned as totally opposed to the transparency principle yet in force in the EU. Also doubts have arisen concerning its approval –only by the EU? Together with its member States?– and the eventual implication of European citizens through the European Citizenship Initiative. Finally, the cooperative regulation, the settlement of disputes related to investments and TTIP possible impact on social rights are discussed.

El hundimiento de la rama social del derecho

Antonio Seoane García

La rama social del Derecho en todas sus manifestaciones ha sido prácticamente desmontada en los últimos años, siendo sustituida por unas relaciones de poder en que los derechos y deberes se sustituyen por las potestades y facultades empresariales que desbordan la igualdad formal y material de las partes en el marco de un supuesto contrato.

The collapse of the labour branch of law

The labour branch of law in all its aspects has been virtually dismantled in the last years. It has been replaced by relationships of power whereby rights and duties have been displaced by managerial powers and authority which exceed the formal and material equality of the parties in the context of an alleged employment contract.

Los derechos sociales como derechos fundamentales

Luis Prieto Sanchís

Las dificultades o insuficiencias de la tutela jurídica de los derechos sociales suele conectarse a sus presuntas diferencias respecto del conjunto de los derechos fundamentales. Se pretende aquí una aproxi-

mación a la naturaleza y alcance de tales diferencias, así como a las posibles formas de satisfacción de los derechos sociales en el marco de un constitucionalismo basado en derechos.

Social rights as fundamental rights

The difficulties and insufficiencies in the legal protection of social rights are normally explained by the alleged differences in relation to the whole of fundamental rights. This paper provides an approach to the nature and extent of those differences and presents possible ways of redress concerning social rights in the context of a constitutionalism based on rights.

Los delitos de odio. (Análisis del artículo 510 del Código Penal: unos tipos penales con imprecisas fronteras)

María José Osuna Cerezo

La Reforma operada por la Ley Orgánica 1 /2015, de 30 de Marzo en el Código Penal incide de manera importante en la regulación de los delitos de odio. Este hecho, que para algunos constituye un motivo de satisfacción, para otros, en cambio, constituye un peligro cierto de caer en el derecho penal de autor y en la criminalización de las ideas minoritarias y éticamente censurables con vulneración clara del derecho a la libertad de expresión. El debate está servido.

Hate crimes (Analysis of article 510 of the Spanish Criminal Code: criminal offences with unclear borders)

Organic Act 1/2015 of March 30 amending the Spanish Criminal Code has had an important impact on the regulation of hate crimes. The legal reform in this area has been supported by some academics and legal practitioners. There are, however, some critical voices according to which the reform entails a real risk of coming close to the so-called “criminal law of the perpetrator” and criminalizing minority and ethically reprehensible ideas, in open violation of freedom of speech. This gives rise to an inevitable legal debate.

Investigaciones internas de la persona jurídica: derechos fundamentales y valor probatorio

Jordi Nieva Fenoll

Las investigaciones internas de la persona jurídica, por su falta de imparcialidad, no pueden equipararse con una investigación judicial o fiscal en un proceso penal, lo que pone en entredicho su supuesto valor probatorio. Se subraya, además, el imprescindible respeto por los derechos fundamentales que debe existir en la ejecución de las mismas. Se destaca cómo condiciona todo este estudio la inexistencia del perjury estadounidense en Derecho español.

Internal investigations by the legal person: fundamental rights and value as evidence.

Internal investigations in Corporate Social Responsibility cannot be equivalent to investigations conducted by a public prosecutor because of its lack of impartiality. As a result, they can hardly be considered as real evidence in a judicial process. However, human rights must always be respected in internal investigations. The author also highlights how the study of internal investigations is influenced by the “perjury” from the US Law, nonexistent in Spanish Law on the accused’s side.

La prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso Daubert

Carmen Vázquez

Este artículo aborda el caso Daubert, hito en la valoración judicial de las pruebas periciales. El objetivo fundamental es problematizar los criterios brindados en éste por la Corte Suprema Estadounidense y analizar su aplicabilidad en otros sistemas jurídicos.

Expert evidence in the US experience: the Daubert case

This paper is about the landmark Daubert case. Its aim is to challenge every one of the criteria ruled by the Supreme Court of United States and analyse their applicability in other legal systems.

La Crisis y la Ruptura del Orden Democrático en Brasil(sobre el ambiente político y los fundamentos de la imputación de delito de responsabilidad contra Dilma Rousseff)

Salo de Carvalho

Liana Cirne Lins

El artículo analiza el contexto social y la crisis política que han resultado de la separación de Dilma Rousseff del cargo de Presidente de la República Federativa de Brasil, a partir del estudio de los fundamentos jurídicos de la imputación de delito de responsabilidad. El trabajo tiene por objetivo esclarecer puntos polémicos de la discusión, sobre todo la ausencia de relación entre la base fáctica que permitió el proceso de interdicción y los escándalos de corrupción aireados por la prensa nacional e internacional.

Crisis and Breach of the Constitutional Order in Brazil (on the political environment and the grounds for the impeachment of Dilma Rousseff for responsibility crime)

This article analyses the social context and the political crisis which have resulted in the suspension of Dilma Rousseff from the office of President of the Republic of Brazil. The article presents the legal grounds of the impeachment for the so-called “responsibility crime” and seeks to clarify some controversial issues in the debate, such as the lack of connection between the factual basis of the impeachment proceedings and the corruption scandals exposed by the national and international media.

Las últimas reformas en materia de extradición en el Reino Unido. Algunas implicaciones prácticas

Rosemary Davidson, Ben Lloyd, Adam Payter

Este artículo examina las últimas reformas en materia de extradición en el Reino Unido, tanto en lo que se refiere a su régimen legal, como a su aplicación práctica. Entre los aspectos analizados se incluyen alguna de las novedades introducidas en la Ley de Extradición de 2003, como las nuevas causas de denegación vinculadas a la proporcionalidad, el grado de preparación del caso para enjuiciamiento, o el foro territorial, así como las implicaciones derivadas del artículo 8 del CEDH y las garantías en relación con los derechos fundamentales.

Recent developments in extradition law. Some practical implications

This article examines recent developments in extradition law and practice in the United Kingdom. Among other features, the article presents the new bars introduced in the Extradition Act 2003 (such as proportionality, trial readiness or forum), the implications of article 8 ECHR cases, and assurances in human right cases.

Semblanza de Eduardo J. Couture

Ángel Iandoni Sosa

El autor traza un perfil del gran procesalista uruguayo cuando se cumple el sexagésimo aniversario de su fallecimiento.

Biographical note of Eduardo J. Couture

The autor writes a biographical sketch of the great Uruguayan professor of procedural law on the occasion of the 60th anniversary of his death.

