

JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACION Y DEBATE

L. Ferrajoli, Las razones del pacifismo. **F. Fernández Buey**, Tres razones contra esta guerra. **M. M.^a Sánchez Alvarez**, El Fondo de Garantía de Inversiones. **C. Jiménez Villarejo**, Control de la administración pública por los tribunales. **R. Bergalli**, Papel de la justicia penal. **M.^a R. Ferrarese**, Las instituciones jurídicas de la globalización. **G. Maestro Buelga**, La desnormativización constitucional. **M. Hassemer**, Contratación el línea. **F. García Romo**, LEC: cuestiones de derecho transitorio. **M. Carmona Ruano**, El caso Villagrán Morales. **J. Montaña-M. Criado**, La ley colombiana de seguridad. **L. R. Andrade**, Brasil: Derecho penal diferenciado.

En este número: Andrade, Ledio Rosa, magistrado (Florianópolis, Brasil).
Bergalli, Roberto, jefe de estudios en Criminología y Política Criminal, Universidad de Barcelona.
Carmona Ruano, Miguel, presidente de la Audiencia Provincial de Sevilla.
Criado, Marcos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense (Madrid).
Fernández Buey, Francisco, catedrático de Filosofía de las Ciencias Sociales, Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).
Ferrajoli, Luigi, catedrático de Filosofía y Teoría del Derecho, Universidad de Camerino (Italia).
Ferrarese, Maria Rosaria, profesora de Sociología del Derecho Universidad de Trento (Italia).
García Romo, Francisco, juez de primera instancia (Vitoria).
Hassemer, Michael, Instituto de Derecho Internacional, Universidad de Munich (Alemania).
Jiménez Villarejo, Carlos, fiscal-jefe de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos Relacionados con la Corrupción.
Maestro Buelga, Gonzalo, catedrático de Derecho Constitucional, Universidad del País Vasco.
Montaña, Juan, Instituto de Estudios Latinoamericanos (Universidad de Alicante).
Sánchez Alvarez, Manuel-María, profesor titular de Derecho Mercantil, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

Jueces para la Democracia. Información y Debate

publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*

Consejo de Redacción: Perfecto ANDRES IBAÑEZ (coordinador), Miguel CARMONA RUANO, Teresa CONDE-PUMPIDO TOURON, Jesús FERNANDEZ ENTRALGO y Alberto JORGE BARREIRO. Secretario de Redacción: José Rivas Esteban.

Correspondencia: *Jueces para la Democracia*, calle Núñez de Morgado, 3, 4º B. 28036 MADRID. Suscripciones EDISA, c/ Torrelaguna, 60. 28043 MADRID.

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

Suscripción anual (nacional): 3.000 ptas. (3 números).

Europa: 4.000 ptas.

Resto: 5.000 ptas.

Depósito legal: M. 15.960 - 1987. ISSN 1133-0627. Unigraf, S. A., Móstoles (Madrid).

INDICE

	<u>Pág.</u>
Debate	
— <i>Las razones del pacifismo</i> , Luigi Ferrajoli	3
— <i>Tres razones contra esta guerra</i> , Francisco Fernández Buey	10
— <i>El Fondo de Garantía de Inversiones</i> , Manuel-María Sánchez Álvarez	14
— <i>Control de la administración pública por los tribunales de justicia</i> , Carlos Jiménez Villarejo.....	18
— <i>Principio de justicia universal y Modernidad jurídica: papel de la justicia penal</i> , Roberto Bergalli..	26
Estudios	
— <i>Las instituciones jurídicas de la globalización</i> , María Rosaria Ferrarese	33
— <i>De la constitución normativa a la desnormativización constitucional</i> , Gonzalo Maestro Buelga.	40
— <i>Contratación en línea. Efectos del comercio electrónico sobre la parte general del derecho civil alemán</i> , Michael Hassemer	49
Teoría/práctica de la jurisdicción	
— <i>Cuestiones de derecho transitorio en los juzgados de primera instancia tras la entrada en vigor de la nueva Ley de enjuiciamiento Civil</i> , Francisco García Romo	59
Internacional	
— <i>El derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso Villagrán Morales y otros</i> , Miguel Carmona Ruano	71
— <i>La ley colombiana de seguridad y defensa nacional: constitucionalidad y significación dentro del 'Plan Colombia'</i> , Juan Montaña y Marcos Criado	80
— <i>Brasil: Derecho penal diferenciado</i> , Lédio Rosa Andrade.....	88
— <i>Declaración de Guatemala. Red Centroamericana de Jueces, Fiscales y Defensores por la Democratización de la Justicia</i>	97
Apuntes	
— <i>José María Lidón: antes que juez, un ser humano</i>	99
— <i>Contra un fundamentalismo... ¿otro?</i>	99
— <i>Retribuciones y productividad</i>	100
— <i>El "lanzamiento" del fiscal Bartolomé Vargas</i>	101
— <i>La tiranía de los jueces</i>	101
— <i>'Il cavaliere, la civilización occidental, los tribunales</i>	101
— <i>¿De reformas o de revolución?</i>	102

DEBATE

Las razones del pacifismo

Luigi FERRAJOLI

I. ¿QUE HA CAMBIADO A PARTIR DEL 11 DE SEPTIEMBRE?

Tras de un mes de bombardeos sistemáticos que han golpeado a millares de víctimas civiles —hospitales, pueblos y perseguidos en fuga, edificios de la ONU y de la Cruz Roja—, es difícil negar la absoluta insensatez de esta guerra. Si la guerra tenía como fin golpear a Bin Laden y a su red terrorista, entonces no sólo ha fracasado sino que ha producido, como era del todo previsible, efectos exactamente opuestos: la popularidad de Bin Laden y de las sectas fundamentalistas crece entre las masas islámicas; la situación del Medio Oriente, desde Pakistán a Israel, es más explosiva que nunca; la inseguridad del mundo y los peligros de nuevas agresiones por parte de las organizaciones terroristas se hacen cada día más graves y alarmantes.

Es obvio que criticar esta guerra como insensata no equivale a sostener que la agresión terrorista del 11 de septiembre no requiriera una respuesta. Significa, simplemente, reconocer que la guerra no es el mejor método para capturar a los terroristas, sino que, por el contrario, tiene el único efecto de reforzarlos. Mucho menos significa subestimar la enorme gravedad de la tragedia del 11 de septiembre. Esa horrenda masacre ha sido ciertamente un crimen contra la humanidad, que ha conmocionado y producido indignación en la conciencia de todo el mundo civilizado. A partir de ese momento, como todos repiten, todo ha cambiado. Pero no hay disposición a obtener, de los cambios operados, las lógicas consecuencias.

¿Qué es lo que ha cambiado en el horizonte de la política? Ha cambiado, esencialmente, nuestra subjetividad de ciudadanos de Occidente. El terrible estrago ha puesto en crisis la ilusión de la seguridad y de la invulnerabilidad de nuestro mundo. Naturalmente, en el mundo ha habido, en estos últimos cincuenta años, otras terribles y no menos devastadoras tragedias. Pero siempre se ha tratado de tragedias y devastaciones lejanas, que veíamos por televisión como imágenes provenientes de otro planeta. Nunca había sucedido, desde hacía más de medio siglo, que un país occidental sufriese una agresión con millares de víctimas como la del 11 de septiembre. Mucho menos era imaginable que el centro del mundo, el *World Trade Center* y el *Pentágono*, pudieran llegar a ser bombardeados. La turbación causada por dicha catástrofe no se debió

sólo al horror de la masacre, sino asimismo al miedo —que por primera vez nos embarga— de estar también nosotros entre las posibles víctimas de las guerras y de las masacres que ensangrientan al planeta. Un miedo todavía más fuerte y angustioso en cuanto el enemigo es invisible y sus posibles agresiones —ayer, un monstruoso desvío de un avión, hoy o mañana, un ataque químico o bacteriológico— resultan tan previsibles como no susceptibles de prevención.

Hay, por lo tanto, una segunda ilusión que la terrible jornada del 11 de septiembre ha disuelto o, mejor dicho, debería disolver: la ilusión de que el Occidente rico y el resto del planeta son mundos separados; de que el mundo, que creíamos unificado sólo por el mercado pero rígidamente dividido por fronteras y fortalezas, es un único mundo también en lo referente a la vida y a la seguridad, y que basta para gobernarlo la superioridad militar de los Estados Unidos o de la OTAN. En efecto, el atentado terrorista de las Torres Gemelas nos ha dicho que ya no existe un “exterior”; que no cabe distinguir entre una “política interior” y una “política exterior”; que todos estamos en el mismo barco y que este barco es extremadamente frágil. Concluida la división del mundo en bloques, en crisis los Estados y sus soberanías, una política a la altura de los desafíos presentes no puede ser otra que la que Jürgen Habermas ha llamado una “*política interior del mundo*”. Una política interior del mundo, sobre todo, en lo que respecta a la seguridad frente al terrorismo y, por lo tanto, a las medidas represivas y preventivas idóneas para hacerle frente, dado que hoy la seguridad en el mundo es indivisible y la inseguridad —nos lo dicen las tragedias de Nueva York y de Washington— es tan global como el mercado y la economía. Pero también, si es verdad que la inseguridad está generada por odios y conflictos cuyas causas es necesario entender y remover, se necesita una política interior del mundo para afrontar los otros problemas vitales del planeta: la pobreza, el hambre, las enfermedades y las guerras que afligen a más de la mitad del género humano, y después los problemas de la protección del ambiente, la criminalidad internacional y la producción y el comercio de armas.

II. LA RESPUESTA DE LA GUERRA. GUERRA Y DERECHO

Lamentablemente, no ha sido tal la respuesta que se dio a la tragedia del 11 de septiembre. Por una

forma de inercia mental, casi un reflejo condicionado irracional y destructivo, esta terrible masacre ha sido interpretada no como un crimen contra la humanidad frente al que cual debía reaccionarse con la captura y castigo de los culpables y con el descubrimiento y la difícil neutralización de la compleja y ramificada red de sus cómplices, sino más bien como un acto de guerra, tipo Pearl Harbor, al que era necesario responder, simétricamente, con la guerra.

Era también evidente que en la agresión terrorista a Manhattan y al Pentágono no se daba ninguna de las condiciones que permiten hablar de guerra: ni el carácter de un conflicto entre Estados —o sea, de una "*publicorum armorum contentio*", como Alberico Gentili definió la guerra—, dado que el terrorismo no es ciertamente una fuerza "pública" o un Estado; ni la existencia de ejércitos regulares y de enemigos ciertos y reconocibles, pues los responsables de la masacre se han escondido desde el inicio, como generalmente hacen los criminales. Por otra parte, la respuesta de la guerra a casi un mes de distancia del ataque está en contraste con la Carta de la ONU, cuyo artículo 51, invocado en su apoyo, prevé solamente el derecho de "autoprotección", o sea, la legítima defensa en la inmediatez de la agresión y "hasta tanto el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales", cosa que el Consejo hizo inmediatamente con las resoluciones 1368 y 1373. Estas, interpretando de hecho el atentado como un crimen más que como un acto de guerra, han comprometido a todos los Estados en la lucha contra el terrorismo y les han impuesto una serie de medidas policiales y de prevención, consideradas, evidentemente, como las más idóneas para "mantener la paz y la seguridad internacionales": desde la identificación y la congelación de los fondos con los que aquél se financia, hasta el intercambio de informaciones entre los diversos países.

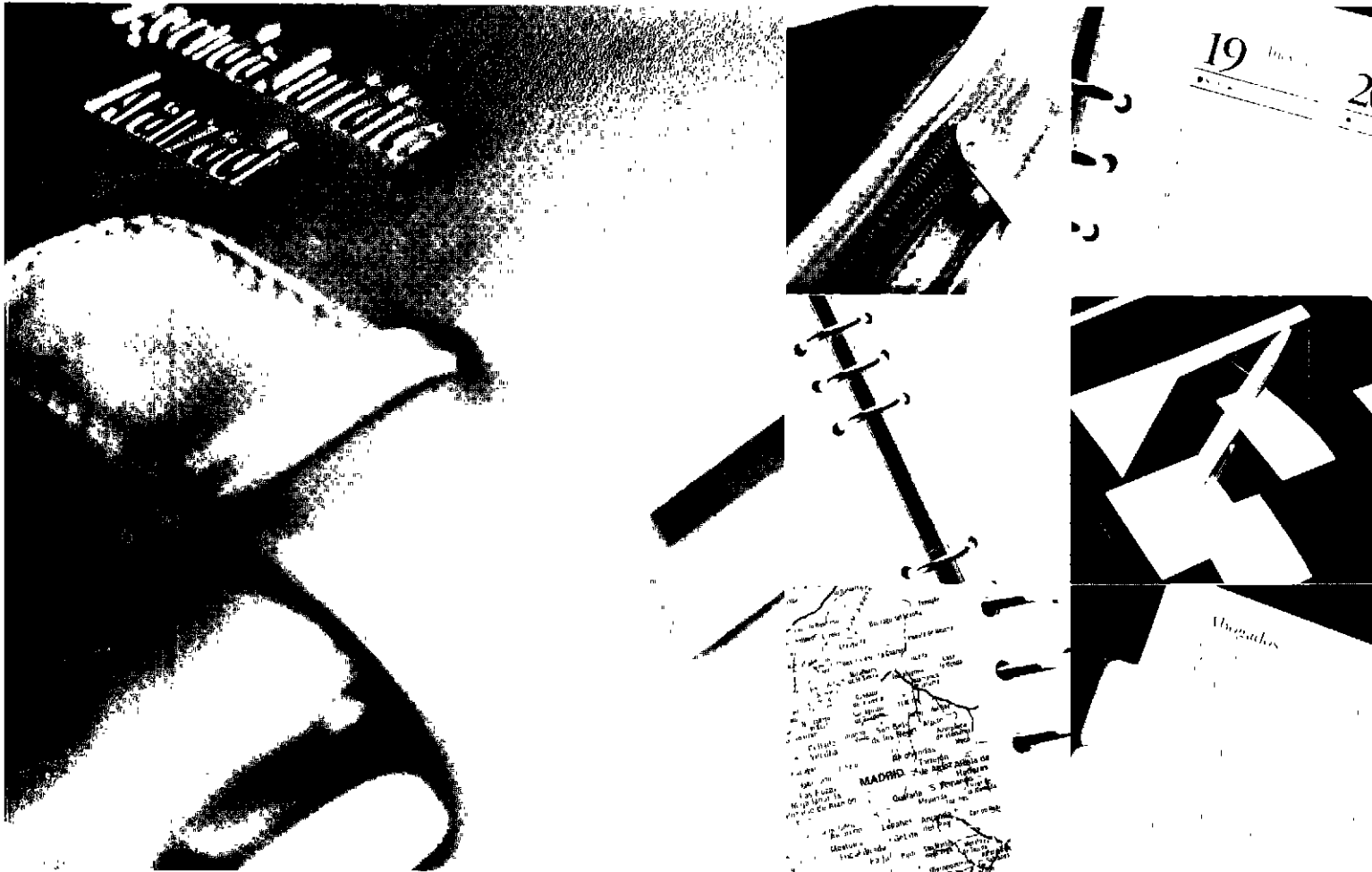
Sin embargo, no insistiré, en estas tesis, conociendo bien lo poco que valen los argumentos jurídicos frente a los partidarios de la guerra. Baste recordar el fastidio y la burla con que éstos fueron ignorados en ocasión de la guerra del Golfo de 1991, y de la de los Balcanes de hace dos años. Tampoco insistiré en afirmar la inmoralidad de esta guerra, en la que los países más ricos del planeta están bombardeando y poniendo en fuga a millones de desesperados hambrientos, destinados, como prevé la Oficina para los refugiados de la ONU, a morir de frío y privaciones. El valor de la vida humana, según la moral inaugurada con las guerras desde el cielo de los años noventa, parece ser incomparablemente diverso según se trate de "nosotros" o de "ellos". Insistiré, en cambio, sobre la insensatez e irresponsabilidad de la respuesta de la guerra desde el punto de vista de la lucha contra el terrorismo. En efecto, más allá de los principios jurídicos y morales, la validez de una tesis y de una opción política debe medirse, al menos, por su racionalidad práctica, o sea, por los efectos que están en condiciones de producir.

Entonces, es, precisamente, el diverso valor sim-

bólico y la diversa eficacia de las respuestas —guerra y derecho, represalia y pena—, elaboradas y experimentadas por nuestra civilización occidental frente a la violencia, lo que, más allá de los principios, debería haber sido valorado. El estrago del 11 de septiembre podría haber provocado una reconsideración de la precariedad del actual ámbito internacional y convertirse en la ocasión para una operación de policía planetaria que, por primera vez, habría movilizado —bajo la enseña de la máxima solidaridad con Estados Unidos— a las policías y a los servicios secretos de decenas de países, con el objeto de lograr la captura de los culpables y la identificación de la red de sus secuaces. Sin el clamor y la espectacularidad de la guerra, sino, al contrario, con los métodos bastante más eficaces del secreto y la coordinación de las investigaciones, el uso de los arrepentidos, la reconstrucción del mapa completo de las organizaciones terroristas, su aislamiento político y su división interna y, obviamente, con un empleo de la fuerza dirigido a desarmar a sus componentes, una vez identificados, y a ponerlos a disposición de la justicia. De esta manera, se habrían acrecentado, a escala mundial, la credibilidad del Occidente y el prestigio de Estados Unidos. Y no habría sido difícil, sobre estas bases, hacer caer el régimen de los talibanes, que, como es sabido, se sostenía únicamente con las ayudas económicas y militares de Pakistán y, por otro lado, merced al nacionalismo y el fanatismo religioso que los *raids* aéreos no pueden sino incrementar. Por lo demás, en los días inmediatamente anteriores a los bombardeos, el aislamiento de los talibanes había llegado al punto de provocar divisiones en su interior y aconsejarles la entrega de Bin Laden, aunque fuera a un país no alineado con los Estados Unidos. Quizá, de haber prevalecido la paciencia y la razón, hoy Bin Laden estaría neutralizado y el mundo habría salido de esta pesadilla.

En cambio, la guerra en curso, con sus inútiles devastaciones, está sólo agravando los problemas que pretendería resolver. Puede satisfacer la sed de venganza, puede excitar y movilizar las opiniones públicas (tanto occidentales como de los países islámicos), pero ciertamente no sirve para combatir a las organizaciones terroristas. Al contrario, ya ha reforzado enormemente al terrorismo, al elevarlo a la categoría de Estado beligerante, transformando un crimen horrendo en el primer acto de una guerra santa y convirtiendo, así, a Bin Laden, a los ojos de millones de musulmanes, en un jefe político, y a su banda de asesinos en la vanguardia de una masa de millones de fanáticos. Además, anunciándose como guerra "infinita", provocará millares de víctimas civiles y millones de perseguidos en fuga, sin golpear probablemente a Bin Laden y a su red terrorista, cuyas bases de consenso y de reclutamiento, al contrario, se verán reforzadas. Determinará restricciones masivas de las libertades de todos y el aumento del secreto y de la irresponsabilidad de las decisiones de centros sumamente restringidos sobre cuestiones vitales para el futuro de la humanidad entera. Acrecentará el antinorteamericanismo en todo el mundo, y en particular en los países is-

AGENDA JURÍDICA ARANZADI



RESERVE YA SU AGENDA, adquiérala hoy mismo. Llámenos al teléfono 902 444 144 o bien remítanos este cupón al fax 948 330 845 o por correo a Editorial Aranzadi S.A. Camino de Galar, 15 - 31190 Cizur Menor (Navarra)

desee la Agenda Jurídica Aranzadi y recibir
o modelo que usted desee
Modelo piel con cierre de cremallera

ejemplares en la dirección que indico a continuación
Modelo piel con cierre de lengüeta

Agenda Jurídica Aranzadi 2002 (2014)
Modelo de alta Agenda
11 ptas sin IVA / 14.800 ptas. con IVA
1 € sin IVA / 88,99 € con IVA

Precio de renovación Agenda 2002
6 058 ptas sin IVA / 6 300 ptas con IVA
33,41 € sin IVA / 37,88 € con IVA

la comodidad y como es costumbre de Editorial Aranzadi la renovación de la suscripción se realiza automáticamente, salvo orden en contra del cliente.

Datos personales

Nombre
Domicilio
Especialidad
Actividad
Tfno
Población
CP
NIF/CIF

Nombre
Especialidad
Actividad
Tfno
Población
e-mail

Forma de pago

- Giro bancario (cumplimento impreso de domiciliación bancaria situada abajo)
- Talon adjunto nominativo a **Editorial Aranzadi, S.A.** de ptas
- Transferencia bancaria (solo Instituciones Publicas)

Autorización bancaria

Sr Director / del Banco / de la Caja
Sucursal
Localidad

Autorizo a **Editorial Aranzadi, S.A. de Pamplona**, para que cargue los recibos que ha de libramme, a partir de la fecha, en mi cuenta corriente/libreta, con titular

Firma

CÓDIGO CUENTA BANCARIA			
ENTIDAD	OFICINA	D/C	NUM CUENTA

lámicos, disolviendo rápidamente el crédito y la solidaridad adquiridos por Estados Unidos después de la tragedia. En definitiva, creará el riesgo de desestabilizar todo el Medio Oriente, incluido el polvorín (nuclear) pakistaní, y de desencadenar un espiral irrefrenable de odios, fanatismos y otras terribles agresiones terroristas.

Todo esto está en la lógica primitiva de la guerra y en su valor simbólico, simétricos a los del terrorismo y opuestos, en cambio, a la lógica y al valor simbólico del derecho. No se ha comprendido que la guerra es, precisamente, el fin de todo terrorismo, justo porque éste se propone a sí mismo, simétricamente, como guerra y así quiere ser reconocido en el plano simbólico. Y que, por ello, la respuesta al terrorismo será tanto más eficaz cuanto más asimétrica sea. Cuanto más se niegue a los terroristas el estatuto de "beligerantes", confinándolos en el de "criminales", calificando sus agresiones no de actos de guerra, sino de crímenes contra la humanidad.

Puesto que es, asimismo, cierto que el terrorismo es siempre un fenómeno político, también debe ser entendido y afrontado políticamente. Pero es justamente en la asimetría respecto de él, establecida convencionalmente mediante su calificación jurídica como "crimen" —violencia privada y no pública, como en cambio es la guerra— donde reside el secreto de su debilitamiento y de su aislamiento y, por lo tanto, del papel del derecho como factor de paz y de civilización. Instrumento, en efecto, del tránsito del estado de guerra al estado de derecho, de la sociedad salvaje a la sociedad civil. Recuérdese que en Italia, hace más de veinte años, en la etapa del terrorismo, todos —derecha e izquierda, críticos y defensores de las leyes de emergencia, partidarios y adversarios de la negociación con los terroristas— concordamos en negarles el estatuto de "combatientes" y, por esto, en el rechazo de la lógica de guerra que ellos querían imponer a nuestro país. Fue la distinción entre derecho y guerra, entre pena y represalia bélica y, por lo tanto, el rechazo de cualquier simetría entre terrorismo y respuesta institucional, lo que permitió aislar a los terroristas y finalmente vencerlos.

III. UNA ALTERNATIVA: GUERRA PERMANENTE O REFUNDACION DEL PACTO INTERNACIONAL DE CONVIVENCIA

No se sabe si esta guerra será la primera guerra global del tercer milenio, como ha declarado George W. Bush, o la última del siglo apenas transcurrido. Sin embargo, sabemos que la alternativa que hoy se vislumbra —frente a un terrorismo poderoso y fanatizado, que además de síntoma perverso puede hacerse intérprete de tantas tragedias del planeta— es entre el desarrollo de una guerra civil mundial de tipo endémico, que Occidente podrá combatir con la bomba atómica pero que de todos modos tendrá sólo vencidos y ningún vencedor, y una refundación del pacto constituyente que medio siglo atrás dio vida a las Naciones Unidas. En suma, la alternativa entre la inseguridad global de una sociedad mundial

salvaje y una "política interna del mundo" que se haga cargo, tanto de la represión como de la prevención de los crímenes contra la humanidad, mediante un diseño jurídico adecuado.

Esta segunda alternativa podrá prevalecer, a largo plazo, si se toma conciencia de que todos somos vulnerables y, a la vez, todos estamos involucrados (y somos corresponsables) en los grandes problemas y en las grandes tragedias del mundo. En efecto, ha concluido la ilusión de que el mercado puede ser la única ley de la convivencia mundial y de que nosotros los occidentales podemos conservar pacíficamente nuestros cómodos y despreocupados estilos de vida, mientras cientos de millones de seres humanos están condenados a vivir en condiciones de inhumanidad. Si queremos garantizar nuestra seguridad, debemos hacernos cargo de los problemas del mundo como problemas nuestros, si no por razones morales o jurídicas, al menos por conveniencia, para la protección de nuestros propios intereses.

En esta perspectiva, el miedo es un sentimiento del todo racional: equivale al espíritu de autoconservación y a la consciencia de los peligros actuales y de los medios adecuados para hacerlos frente. Y va creciendo progresivamente. Ya a raíz del inicio de los bombardeos en Afganistán, un sondeo revelaba que si bien el 90% de los ciudadanos norteamericanos estaba a favor de los mismos, más del 60% consideraba que acrecentarían la inseguridad. Porcentajes análogos se registraron también en toda Europa. Y el miedo se ha transformado en pánico después de la alarma por la difusión del virus del ántrax.

Ahora, es evidente que un grado tal de inseguridad no es racionalmente sostenible. Resulta contrario a las exigencias de estabilidad, certeza y confianza en el futuro que son propias del mercado y, por ello, contrario a la misma racionalidad capitalista. Es muy cierto que, más allá de la venganza, la guerra en Afganistán —como hace diez años la guerra del Golfo— persigue evidentes intereses geopolíticos de Estados Unidos. Sobre todo, el control total de la región de Oriente Medio y de sus recursos petrolíferos; en segundo lugar, la ocupación de una zona militarmente estratégica de Asia. Pero éstos son intereses de corto alcance si se ponen en relación con la perspectiva de una inestabilidad crónica del área y, sobre todo, con la explosión de un terrorismo planetario descontrolado, que pondría en riesgo la seguridad de todos.

Es incluso posible que, finalmente, prevalezca la razón. Así como la ONU nació de un "nunca más" frente a los horrores de las guerras y de los fascismos —el mismo "nunca más" del que nacieron la Unión Europea y las constituciones italiana y alemana de la posguerra—, de igual modo la necesidad de oponer un "nunca más" a este nuevo terrorismo global, como a tantos otros crímenes contra la humanidad, podrá, tal vez, relanzar el proyecto de un orden internacional fundado, no sólo en la globalización de los mercados y de la economía, sino también de la política, la seguridad, el derecho y los derechos. No se olvide que la construcción del Es-

tado moderno y de una esfera pública idónea para garantizar la paz, el orden y la seguridad interna, fue simultánea y funcional al nacimiento y desarrollo del capitalismo.

Pero este “nunca más” sólo será realizable en la medida en que la emoción y el trauma provocados por la matanza terrorista de Manhattan sirvan para hacernos comprender dos verdades, tan banales como vitales. La primera, es el carácter anacrónico de la guerra —con su contorno de ejércitos, armamentos y alianzas militares— como medio de defensa frente a las actuales amenazas para la paz, la seguridad y la legalidad internacionales. Como encuentro armado y simétrico entre Estados, la guerra tuvo un sentido mientras existieron Estados soberanos en conflicto. A partir de 1989, desaparecida la división del mundo en bloques contrapuestos y el peligro de un conflicto mundial entre coaliciones de Estados, la guerra perdió con ello su sentido. Y, de haber prevalecido la razón, debería haberse procedido a la disolución más que al reforzamiento de la OTAN, y a poner en práctica el capítulo VII de la Carta de la ONU: o sea, a instituir una fuerza de policía internacional en grado de intervenir, siempre y solamente, contra las amenazas a la paz y a la seguridad y contra las violaciones de los derechos humanos y de la legalidad internacional.

En efecto, sólo éstas, y no ciertamente los peligros de agresión por parte de Estados o coaliciones de Estados, son las amenazas que hoy en día pueden atentar contra las relaciones internacionales. Tan es así que las dos guerras desencadenadas, en los años noventa por Occidente con violación del derecho internacional —la de 1991 contra Irak y la de 1999 contra Serbia—, fueron etiquetadas como “operaciones de policía” o como “guerras justas”, dirigidas a sancionar los ilícitos internacionales (la ocupación de Kuwait y la violación de los derechos humanos en Kosovo) cometidos por los Estados agredidos, no por casualidad estigmatizados como “Estados-canallas” o “Estados criminales”. Y todo ello con los resultados fallidos que conocemos, que podrían haberse evitado con la intervención bastante más creíble y controlada de una fuerza militar de la ONU: millares de víctimas inocentes, la devastación de los países bombardeados, la ruina de sus economías, la agravación de gran parte de los problemas que las guerras habían pretendido resolver. La guerra no puede ser, por definición, ni una sanción ni una reparación de las violaciones del derecho: porque no golpea a los responsables sino sobre todo a los inocentes; porque es por naturaleza una violencia desproporcionada y descontrolada; porque ella misma está en contradicción con el derecho que es, a su vez, su negación.

Menos aún la guerra puede ser un instrumento de mantenimiento del orden. No por casualidad una guerra al terrorismo, como la que está en curso, viene presentada como “infinita”. “Puede durar decenios”, ha declarado el vicepresidente Cheney. Podríamos no llegar a ver su fin “en el curso de nuestras vidas”, ha agregado el general Myers, jefe del Estado mayor conjunto. Pues, a diferencia de las guerras en sentido propio, que terminan siempre

con la derrota de uno de los Estados contendientes y, por ende, con la paz, la guerra a una violencia privada como el terrorismo, es inevitablemente permanente, al ser ilusorio que el crimen y la violencia puedan resultar definitivamente afrontados y derrotados. Esto equivale a la perspectiva de una regresión al *bellum omnium*, es decir, a la guerra infinita propia del Estado precivil y salvaje; cuando en el ciclo de la violencia no se había introducido aún la intervención asimétrica del derecho como instrumento de civilización de los conflictos, a través de la condena de la venganza y de la represalia, descalificados por aquél como delitos.

La segunda verdad que habría que reconocer, es el extraordinario vacío de derecho público que caracteriza al actual sistema de las relaciones internacionales. Después de la segunda guerra mundial, este sistema fue elevado a ordenamiento jurídico, dotado de una constitución embrional que es, precisamente, la Carta de las Naciones Unidas de 1945, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los demás Pactos y convenciones internacionales sobre los derechos. No obstante, para comprender la actual naturaleza de la ONU, debemos imaginar lo que sería cualquier ordenamiento estatal compuesto solamente por la Constitución y por alguna institución sustancialmente carente de poderes. El ordenamiento internacional, en realidad, no es otra cosa que un ordenamiento dotado de una constitución y poco más. Simplemente, un conjunto de promesas no mantenidas. Su constitución —la Carta de la ONU y la Declaración Universal— promete paz, seguridad, garantía de las libertades fundamentales y de los derechos sociales para todos los pueblos y para todos los seres humanos del planeta. Pero aún faltan totalmente las que podríamos llamar sus leyes de actuación. Faltan, precisamente, las garantías de los derechos proclamados: la estipulación de las prohibiciones y de las obligaciones correspondientes a éstos, la justiciabilidad de sus violaciones, las técnicas idóneas para obtener su tutela y satisfacción.

Es esta ausencia de una esfera pública internacional —entendiéndolo por “esfera pública” el conjunto de las funciones destinadas a la tutela de intereses generales, como la paz, el medio ambiente y la garantía de los derechos de todos que son los derechos fundamentales— la gran laguna dramáticamente revelada por las tragedias de estos meses. A la crisis de los Estados nacionales, y por lo tanto del papel de las esferas públicas estatales, no ha correspondido la construcción de una esfera pública a la altura de los procesos de globalización que se están desarrollando. Faltan, o son de todos modos muy débiles, no sólo las garantías de la paz y de los derechos humanos, y en particular de los derechos sociales —solemnemente declarados como el fin y la razón social de las Naciones Unidas—, sino, antes aún, las instituciones internacionales destinadas a las funciones de garantía y, por lo tanto, a la salvaguardia de la paz y a la tutela de los derechos.

Un análisis y un balance, siquiera sumario, de la actual posición de los organismos internacionales, revela, en efecto, la existencia de instituciones de

tipo universalista —como la ONU, la FAO y la Organización Mundial de la Salud— que casi no cuentan para nada; y de instituciones de tipo no democrático y particularista —como la OTAN, la Organización Mundial del Comercio y el G8—, dotadas, en cambio, de enormes poderes de intervención y de gobierno.

Esta divergencia se ha acentuado justamente en el último decenio, tras el fin del sistema bipolar, en el que a la creciente globalización de la economía se ha opuesto, paradójicamente, una regresión en la construcción de una esfera pública internacional: la progresiva marginación de la ONU en la solución de las crisis internacionales y el relanzamiento de la OTAN, hasta la ampliación indefinida de sus poderes de intervención con el documento del 23-24 de abril de 1999. Por lo demás, el entero fenómeno de la globalización bien puede ser leído, en el plano jurídico, como un vacío de derecho público, producido por la ausencia de límites, reglas y controles, frente a la fuerza tanto de los Estados militarmente más fuertes como de los grandes poderes económicos privados. De ello ha resultado una anomia general y una involución de tipo neoabsolutista, tanto de las grandes potencias como de los grandes poderes económicos transnacionales: un neoabsolutismo regresivo y de retorno, que se manifiesta en la ausencia de reglas abiertamente asumida, por el actual anarco-capitalismo globalizado, como una suerte de nueva *grundnorm* del nuevo orden económico y político internacional.

Lo que ahora deberíamos entender todos es la insostenibilidad de este vacío de derecho público, de esta ausencia de una esfera pública internacional frente a los enormes problemas y peligros generados por el carácter salvaje de la sociedad internacional y por el aliento, de hecho, de la ley del más fuerte. Por lo demás, precisamente el atentado de Manhattan ha relanzado no sólo —como demuestran las medidas extraordinarias dispuestas por el gobierno norteamericano en apoyo de las empresas golpeadas por el desastre— el papel de la intervención pública en la regulación de la economía, sino también la función insustituible de la ONU, cuya intervención no por casualidad ha sido requerida por Estados Unidos, que, por otra parte, se ha apresurado a pagar sus cuotas de financiamiento atrasadas. No obstante esto, se ha comenzado a entender que tanto la represión como la prevención de los actos de terrorismo y de los demás crímenes contra la humanidad requieren no sólo la cooperación de todos los países del mundo, sino también una credibilidad y una legitimación política mundial que sólo organismos internacionales de carácter universalista podría asegurar.

IV. POR UNA ESFERA PÚBLICA DEL MUNDO

Lamentablemente, la potencia de los intereses que se oponen a la construcción de una esfera pública internacional y a la regulación de los nuevos poderes absolutos —sean políticos, económicos o militares—, es tal que no deja espacio para ningún

optimismo. Pero se debe al menos evitar la falacia en la que incurre buena parte de la filosofía política "realista". No confundamos problemas teóricos con problemas políticos. No presentemos como utópico o irrealista —ocultando las responsabilidades de la política— aquello que simplemente no se quiere hacer porque contrasta con los intereses dominantes y que sólo por esto es inverosímil que se vaya a realizar. Puesto que este tipo de realismo termina por legitimar y aceptar, como inevitable, lo que, de todos modos, es obra de los hombres, y de lo tienen gran parte de la responsabilidad los poderes económicos y políticos más fuertes. En particular, carece de sentido sostener que, en términos realistas, el diseño universalista de la ONU es una utopía y que ha naufragado dado que sus fracasos pasados han demostrado su impotencia, por carencia de medios y de poderes. La ONU no es una institución extra-terrestre. Su actual impotencia, así como su futuro —y con él el futuro de la paz y de los derechos humanos—, no dependen de su naturaleza, sino únicamente de la voluntad de las grandes potencias de Occidente y de su disponibilidad a renunciar a su papel indiscutido de dominio y a sujetarse también ellas al derecho internacional.

Por lo tanto, la construcción de una esfera pública mundial es posible a condición de que se quiera. Más exactamente, sólo con que lo quiera Estados Unidos, que es hoy el verdadero patrón del mundo. Por otro lado, no es necesario —y ni siquiera oportuno— que dicha esfera incluya funciones de gobierno, correspondientes al espacio de la política en sentido propio; en otros términos, que se llegue a un gobierno mundial, aun cuando fuera de tipo democrático. Una democracia representativa de alcace planetario, fundada sobre el principio "un hombre un voto", no tendría ningún sentido. En efecto, lo que se precisa de las instituciones internacionales —y que viene confiado a ellas por ese embrión de constitución del mundo que es la Carta de la ONU y la Declaración Universal de Derechos Humanos— no es una acción positiva de gobierno, sino sólo un papel negativo de garantía, a través de límites y vínculos impuestos a los poderes políticos de los Estados y a los económicos del mercado. Precisamente, la garantía de la paz y de los derechos fundamentales y, por ello, en primer lugar, la garantía de lo que *no es lícito hacer*, como la guerra o los crímenes contra la humanidad y, en segundo lugar, de lo que *no es lícito no hacer*, como las prestaciones necesarias para asegurar los mínimos vitales. Son estas dos funciones de garantía las que definen y agotan, a mi parecer, la esfera pública internacional.

La primera de estas funciones de garantía —la identificada por la Carta de San Francisco como la razón de ser de las Naciones Unidas—, es el mantenimiento de la paz y la seguridad. Frente a la amenaza de un terrorismo fanático y ramificado por todo el planeta —se ha dicho—, la vieja idea de la seguridad y de la defensa basada en la guerra, en los ejércitos y en las armas de destrucción masiva, no sólo ha perdido su sentido sino que es una peligrosa ilusión. Por el contrario, serían necesarios el progresivo desarme de los Estados, la erradicación

de las armas a través de la prohibición de su producción y tenencia y la afirmación, al menos tendencial, del monopolio jurídico de la fuerza a escala internacional, análogo al que fue su monopolio estatal (*ne cives ad arma veniant*) en los orígenes de la edad moderna. Naturalmente, estos son objetivos a larguísimo plazo, que, más allá de su absoluta racionalidad teórica, es bastante improbable que alguna vez puedan ser realizados. Mientras tanto, a los fines de tutelar la paz y la seguridad internacional, bastaría —como ya he dicho— la puesta en práctica del capítulo VII de la Carta de la ONU: o sea, la institución de una fuerza armada de policía mundial cuyas intervenciones serían mucho más eficaces y creíbles y muchos menos devastadoras que las guerras.

De otra parte, un organismo semejante, podría unificar y coordinar las actividades de espionaje y todos los datos y las informaciones de que disponen los diversos archivos de las policías y de los servicios secretos de todos los países comprometidos en la lucha contra el terrorismo. Y tendría un papel complementario al del Tribunal Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad, aprobado en Roma en julio de 1999, que sería, además, un signo importante de solidaridad si fuese rápidamente ratificado por todos los Estados que lo han aprobado y recibiese la adhesión de los Estados Unidos. Al mismo tiempo, sería necesario reforzar la cooperación judicial internacional, facilitando los intercambios de información y la colaboración en la producción de las pruebas, no complicándolos con insensatos formalismos, como desvergonzadamente ha hecho el gobierno italiano para proteger los intereses de su actual presidente.

Obviamente, no basta la intervención policial. Para garantizar la paz, es todavía más necesaria la prevención y la mediación de los conflictos. En efecto, debemos preguntarnos cuánto ha contribuido al desarrollo del fanatismo y del terrorismo una política imperial de Estados Unidos, dictada únicamente por intereses económicos y geopolíticos: desde la falta de una solución a la cuestión palestina, dramáticamente agravada en estos años —y más precisamente en estas semanas— por las violencias del gobierno israelí, hasta la invasora presencia norteamericana en el área y las ambiguas relaciones mantenidas con el mismo fundamentalismo islámico, que, apoyado y utilizado primeramente contra los soviéticos, se volvió luego contra sus viejos protectores.

La segunda dimensión de una esfera pública internacional es la reclamada por los gigantescos problemas del hambre, la miseria, las enfermedades y la destrucción del medio ambiente, generados por una globalización sin reglas. Naturalmente, no existe un nexo directo entre estos problemas y el terrorismo, que tiene por jefe a un multimillonario, alimentado también él, como el mismo fanatismo religioso, por los propios Estados Unidos. Pero es precisamente este nexo, o sea, el cortocircuito entre

terrorismo y consenso de los necesitados del planeta, el que puede establecerse fácilmente. Así, debemos también preguntarnos si es realista la aspiración a la paz y a la seguridad en un mundo en el que ochocientos millones de personas, o sea, un sexto de la humanidad, posee el 83%, es decir, los cinco sextos de la renta mundial; y en el que la desigualdad de la riqueza entre países pobres y países ricos jamás ha alcanzado formas tan escandalosas y visibles como en la actual “edad de los derechos”; pasando de una divergencia de 1 a 3 en el año 1820 y de 1 a 11 en 1913, a una diferencia que va camino de ser de 1 a 100.

En otras palabras, debemos preguntarnos si la verdadera utopía es no el proyecto de paz diseñado por la Carta de la ONU, sino la idea de que desigualdades semejantes no están destinadas a volverse explosivas y a poner en peligro la paz, la seguridad y nuestras mismas democracias. Hoy, más de mil millones de personas están privadas de la alimentación de base y del acceso al agua potable. Diecisiete millones de personas mueren cada año, víctimas de enfermedades infecciosas y, antes aún, del mercado, por no haber podido pagar los costosos fármacos patentados o, peor todavía, porque los fármacos banales que los habrían curado ya no se producen dado que tienen que ver con enfermedades infecciosas en gran parte superadas y desaparecidas de los países occidentales. Además, se ha calculado que una tasa anual del 1% sobre los patrimonios de las doscientas personas más ricas del mundo bastaría para asegurar la instrucción primaria a todos los niños de la tierra. Lo que, por otro lado, equivaldría a una inversión contra el terrorismo mucho más eficaz que cualquier acción militar. Piénsese sólo en lo menor que sería la implantación del fundamentalismo religioso si Estados Unidos y Pakistán, en vez de financiar las veintidós mil escuelas de fanatismo islámico —que en estos últimos decenios han formado cientos de miles de integristas—, hubiesen financiado, con el mismo número de escuelas, un simple programa de instrucción elemental.

Poner fin a esta gigantesca omisión de ayuda, no es sólo un deber impuesto por la Declaración Universal de 1948 y por los Pactos internacionales sobre derechos civiles, políticos, sociales y culturales de 1966, sino que —evidentemente— es también una condición indispensable para garantizar la seguridad y la paz. Es el mismo preámbulo a la Declaración Universal el que establece, con realismo, este nexo entre paz y garantía de los derechos, entre violaciones de los derechos humanos y violencia y el que, por lo tanto, nos advierte que no podremos hablar de paz y de seguridad futura, ni mucho menos de democracia y de derechos humanos, si no se remueven —o al menos se reducen— la opresión, la desigualdad, el hambre y la pobreza de millares de personas, que no representan más que un terrible mentís a las promesas contenidas en todas las cartas constitucionales e internacionales.

Tres razones contra esta guerra

Francisco FERNANDEZ BUEY

Hay varias razones que toda persona sensible, cristiana o musulmana, occidental u oriental, creyente, agnóstica o atea, puede aducir contra esta guerra cuyo origen está en los bárbaros atentados del 11 de septiembre contra Nueva York y en los no menos bárbaros bombardeos contra Kabul y otras ciudades de Afganistán iniciados el 7 de octubre.

La primera razón es que, como consecuencia de los atentados y de los bombardeos, han muerto ya muchos seres humanos sin culpa alguna y van a morir muchos más. La segunda razón es que la réplica bélica de los EE.UU. y sus aliados a los atentados del 11 de septiembre no va a acabar con el terrorismo internacional, que es el motivo que aducen quienes defienden la guerra como "legítima defensa"; al contrario, cuando terminen los bombardeos sobre las ciudades afganas previsiblemente se habrá creado una situación aún más favorable a ese terrorismo que se pretende combatir. La tercera razón es que no va a salir de ella un mundo más libre y democrático. Cuando la primera guerra del siglo XXI acabe probablemente va a haber menos libertad y menos democracia, tanto en Oriente como en Occidente.

Querría argumentar ahora estas tres razones.

I

La primera razón se ha aducido siempre contra todas las guerras. Pero cuanto más se progresa en el dominio técnico de las armas más fuerza tiene esta razón porque mayor es el número de los civiles no combatientes que mueren como consecuencia de la utilización de armamento muy sofisticado. Esto se sabe desde hace mucho tiempo. Y es la razón que llevó al ilustrado Kant a concluir de manera optimista su discurso sobre la paz perpetua diciendo que llegaría un día en que los hombres preferirían no usar armas tan mortíferas. La historia del siglo XX ha puesto de manifiesto que el optimismo ilustrado estaba equivocado en este punto. Del progreso científico-técnico no se sigue sin más el progreso moral y cívico. Si algo enseña la historia del siglo XX es lo contrario: a mayor capacidad científico-técnica aplicada a las armas, mayor barbarie. Para precisar: más barbarie quiere decir, en este contexto, más muertes y más sufrimientos entre los que menos culpa tienen en el origen de las guerras.

Eso vale tanto para los atentados terroristas, técnicamente muy sofisticados, como para los ataques con bombas casi equivalentes, por su capacidad de devastación, a las armas nucleares. En el primer caso el número de las víctimas puede llegar a ser elevadísimo, como se vio en el momento mismo del atentado fundamentalista contra las torres gemelas. En el segundo caso, además de las víctimas directas de las bombas fundamentalistas (basta con leer

las inscripciones que éstas llevan para darse cuenta de que el fundamentalismo es el mismo) hay que contar los que morirán por efectos indirectos de las mismas. Un ejemplo de esto último es lo ocurrido durante la última década en Irak después de los bombardeos de las fuerzas norteamericanas y británicas: los informes internacionales independientes hablan de ciento cincuenta mil muertos, niños la mayoría de ellos. Hoy en Afganistán, según reconoce el *New York Times*, están en peligro de muerte alrededor de siete millones de civiles, la mayoría de ellos desplazados y sin posibilidad de ser alimentados. Nadie les ha preguntado con quién están, qué piensan del "mal" y del "bien". Pero no es difícil deducir que sobre esas grandes cosas deben pensar algo muy parecido a lo que dicen pensar "los nuestros", puesto que cuando se pregunta sobre esas cosas en cualquier parte y en tiempo de paz las respuestas, entre los humanos, son muy parecidas.

Para un europeo occidental esta razón que aduzco, humanitaria, debería ser ya evidente. Empezamos la Edad Moderna con hermosas declaraciones sobre cómo civilizar a los "bárbaros" indios americanos y provocamos, en nombre de tal civilización, uno de los genocidios más espantosos de la historia de la humanidad. Por vía directa: con la espada; e indirecta: transmitiendo a aquellas pobres gentes virus que no habían conocido nunca antes. Hoy sabemos que de esa responsabilidad moral se salvaron Bartolomé de las Casas (al que "los suyos" pusieron a parir durante siglos) y unas pocas personas sensibles más. Los demás siguen diciendo que eso fue una "leyenda negra".

II

Mi segunda razón contra esta guerra es que no va a terminar con lo que "los nuestros" llaman "terrorismo internacional". Entre otros motivos de peso porque "los nuestros" no han definido nunca qué es eso que llaman "terrorismo internacional"; o más precisamente, porque tienden a dar definiciones *ad hoc*. La persona que más cerca ha estado de una definición inclusiva y precisa, Noam Chomsky, es ahora una de las personas más vilipendiadas por los dirigentes políticos e intelectuales asimilados que buscan definiciones *ad hoc*. Y se comprende, porque en sus documentados estudios Chomsky ha encontrado muchos más casos de terrorismo de estado aplicados a la política internacional que de coordinación internacional de grupos terroristas. Citaré un ejemplo que me parece relevante. Todas las cadenas de televisión adujeron, como prueba de la participación de Osama Bin Laden y Al Qaeda en los atentados de Nueva York, siete volúmenes de un manual en árabe, en el que, en efecto, se enseñaba cómo preparar atentados terroristas; ninguna de ellas advirtió a los

televidentes que los dos primeros volúmenes de ese mismo manual habían sido redactados y editados hace unos años por inspiración de la CIA para formar a los que entonces luchaban en Afganistán por la "libertad" y la "democracia" contra el "terrorismo internacional" de la Unión Soviética.

Justamente el que sólo haya definición *ad hoc* de lo que es "terrorismo internacional" explica que una parte importante de los países que han entrado en la alianza militar contra los talibanes de Afganistán estén, a su vez, dirigidos por personas que han practicado y practican en sus territorios (o en los que dicen que son sus territorios) el terrorismo de estado. Basta con echar un vistazo a los informes de Amnistía Internacional para estos últimos años, poner luego al lado la lista de estados que han ofrecido soldados a los Estados Unidos de Norteamérica en esta campaña bélica y comparar. La comparación es ilustrativa. La han hecho diferentes analistas independientes y concluyen de ella que, una vez terminada esta guerra con la victoria de "los nuestros", el malestar de fondo que ha llevado a tantas gentes, y de países tan diferentes, a comprender la interpretación terrorista del islamismo aumentará en Oriente Próximo, en Asia y en África.

Teniendo esto en cuenta se entienden mejor las declaraciones del Departamento de Estado norteamericano cuando afirma, contra la lógica aparente, que esta guerra será larga. Desde el punto de vista estrictamente militar esta afirmación es incomprensible. ¿Cómo puede prolongarse una guerra cuando una de las partes posee el 99% de las armas más sofisticadas del planeta y la otra parte, sea Bin Laden o el régimen talibán o las dos cosas juntas, apenas puede oponer un armamento más bien obsoleto? Este aparente absurdo ha llevado a algunas personas inteligentes, como Walzer, a escribir, poco después del 11 de septiembre, que no podía haber guerra y que, si había enfrentamiento, no sería una guerra propiamente dicha. Pero para desvelar ese aparente absurdo, y entender de paso por qué los Estados Unidos al mismo tiempo que intensifican los bombardeos frenan el avance de las fuerzas de la Alianza del Norte hacia Kabul, hay que entender que lo que está en juego en esa zona del planeta no es sólo "la justa venganza", ni siquiera la captura de Bin Laden o la derrota del régimen talibán, sino intereses geoestratégicos y económicos (de Estados Unidos, Gran Bretaña, Rusia, Pakistán, China, India, Irán e Irak) que sólo la vaguedad de la expresión "terrorismo internacional" puede mantener momentáneamente unidos. Lo que une a los aliados es precisamente el "gran juego", el carácter de guerra preventiva de las actuales operaciones militares: bajo el rótulo "terrorismo internacional" cada estado-nación puede identificar a aquellas etnias, culturas o grupos organizados con los que está en conflicto abierto.

III

¿Hay algún indicio de que esta guerra vaya a dar un impulso a la libertad y a la democracia en el

mundo, como están diciendo los ideólogos del fin de las ideologías y del fin de la historia? Por el momento ninguno. Los hay, en cambio, de que en Oriente (Israel y Pakistán son dos ejemplos) aumenta la represión contra los disidentes y en Occidente se aceleran las medidas en favor del estado de excepción.

Con la guerra el llamado neoliberalismo descubre su rostro más oculto: el estado mínimo se hace máximo en aquellos ámbitos que decía respetar; se suprimen garantías jurídicas elementales; el ejecutivo somete al poder legislativo y al poder judicial y el "cuarto poder" lo justifica; la censura reaparece en varios ámbitos de la vida pública. De repente cae el mito del fin del estado-nación. Basta para comprobarlo con echar un vistazo al despliegue de banderas en EE.UU. La tesis de la "soberanía limitada", que durante la guerra fría fue denunciada tantas veces por los politólogos como mero cinismo, se convierte ahora en una realidad de la que casi nadie habla. En esas condiciones, y en lo que hace a las relaciones internacionales, pronto se dirá que un Imperio es mejor que cualquier otra cosa. Y que un Imperio necesita un derecho internacional de gentes apropiado a los intereses del Imperio. Al final de la modernidad como en el comienzo histórico de la modernidad. Uno de los varios errores de Osama Bin Laden, sobre el que un Oriente obnubilado por su biografía apenas dice nada, es que plantea su guerra santa como una batalla contra las NN.UU, en vez de plantearla como una batalla *pro* NN.UU., es decir, como una batalla en favor de un derecho internacional de gentes igualitario y sin Imperios.

Lo característico de las políticas imperiales en el ámbito internacional no ha sido nunca la ampliación de la democracia a aquellos países que entraban en sus planes geoestratégicos, sino más bien la conculcación de la democracia allí donde empezaba a apuntar. Los historiadores han puesto esto de manifiesto estudiando el papel de Atenas en la Grecia antigua y de Inglaterra en la época colonial. Esto vale también para el siglo XXI.

Uno de los síntomas más relevantes de la norteamericanización del mundo a la que estamos asistiendo es que haya pasado a denominarse "inteligencia" lo que antes se llamaba "espionaje". No dice gran cosa en favor de una sociedad el que ésta acepte sin crítica denominar Central de Inteligencia a uno de los servicios de espionaje con más muertos sobre sus espaldas al mismo tiempo que tiende a denominar "cabezas de huevo" y otras lindezas parecidas a aquella parte de la cultura ilustrada a la que no hace demasiado tiempo se llamaba inteligencia.

El hecho de que esto esté cuajando ahora también en España, sin que apenas se hayan oído voces de protesta, es deplorable. Tanto más cuanto que la cosa coincide precisamente con el desprestigio de la llamada Central de Inteligencia norteamericana, cuya inoperancia no es ajena a la terrible tragedia de las torres gemelas de Nueva York. En una conferencia pronunciada recientemente en el Foro sobre Tecnología y Cultura del MIT, Noam Chomsky ha podido subrayar, basándose en los in-

formes del que fuera asesor del presidente Carter, Zbigniew Brzezinski, que al menos uno de los responsables del atentado de 1993 contra el World Trade Center entró en EE.UU. gracias las gestiones de la CIA contra la opinión de los servicios de fronteras. Y es de dominio público que ese tipo de intervención basado en el espionaje, al que sigue llamándose "inteligencia", está detrás de la financiación y adiestramiento de lo que hasta 1991 eran amigos de "los nuestros" y ahora se llama terrorismo islámico.

De esta degradación de la inteligencia a espionaje intervencionista en favor de los intereses del Imperio, que sólo distingue en función de la pareja amigo/enemigo, se derivan otras consecuencias perversas para los derechos civiles y las libertades. En EE.UU. el Center for Constitutional Rights y otras 120 asociaciones han denunciado como anticonstitucional el plan del ministro de Justicia, John Ashcroft, que sacrifica las garantías jurídicas de los sospechosos e interfiere su comunicación con los abogados defensores. La Administración Bush está introduciendo una reglamentación que permite la detención preventiva, durante un período de más de dos meses, sin pruebas ni inculpación, de cualquier no-ciudadano norteamericano sospechoso de prestar colaboración al terrorismo.

La restricción por vía político-policial de las libertades individuales tiene otras consecuencias conocidas. La primera de ellas es la tendencia a tildar de antinorteamericana a toda persona que disienta de las actuaciones que la "inteligencia" propone en política internacional. Los calificativos que una parte importante de la prensa norteamericana está endosando a Noam Chomsky, Susan Sontag, Edward Said, William F. Schulz o John Schoneboom, por citar unos cuantos nombres, son irreproducibles. Y ¿por qué? Por denunciar los efectos negativos de un expansionismo basado en la "quinta libertad"; por llamar la atención acerca de la manipulación de los media desde el 11 de septiembre; por subrayar las implicaciones entre la política exterior norteamericana en la cuestión palestina; por denunciar, en nombre de Amnistía Internacional, el peligro existente de limitación de los derechos civiles; o, sencillamente, por invitar a los internautas a pararse un momento a distinguir entre tanta propaganda y a reflexionar sobre las causas de los atentados y sobre las consecuencias de los bombardeos sobre Afganistán.

IV

La norteamericanización del mundo favorece la rápida difusión de este clima a los países de la Unión Europea. Si en EE.UU. se acusa de traidores o antipatriotas a personas como las mencionadas no es extraño que en las provincias del Imperio se esté imponiendo la norma de descalificar como antinorteamericanos a todas aquellas personas que, por motivos humanitarios o en nombre de un nuevo derecho internacional de gentes, critican los bombardeos sobre instalaciones civiles y sobre hom-

bres, mujeres y niños que son igual de inocentes que las víctimas del bárbaro atentado contra las torres gemelas. La perversidad de esta acusación consiste en ocultar que los supuestos antinorteamericanos de España y de Europa basan casi siempre sus análisis y sus opiniones en los análisis y opiniones de otros norteamericanos cuyos nombres acabo de mencionar. Y no son los únicos.

Se oculta que el llamado "antinorteamericanismo" creció en la Europa de los años sesenta no tanto por prejuicio respecto del modo de vida americano o por el malestar ante una civilización cuya quintaesencia estaba en los EE.UU. cuanto por las revelaciones sobre la guerra de Vietnam que nos hacían llegar Chomsky y otros disidentes críticos de entonces. Y así ha sido también con motivo de la guerra del golfo pérsico y con motivo de la intervención norteamericana en los Balcanes, particularmente a partir de los bombardeos sobre Belgrado. De hecho, la mayoría de los intelectuales europeos críticos de la política intervencionista de las distintas administraciones norteamericanas desde los años sesenta han tenido al menos tantos amigos americanos como quienes les criticaban de antinorteamericanos. La única diferencia importante es que estos amigos eran distintos de los amigos que tenían que los que lanzaban la acusación. Y así es hoy también.

Obsérvese que, por general, cuando en nuestros medios de comunicación se calumnia a los "supuestos pacifistas" que exigen el cese de los bombardeos sobre Afganistán con el epíteto de "antinorteamericanos" casi nunca se dan nombres concretos. Esto permite pasar por alto que el primer antinorteamericano actual sería precisamente un norteamericano de pro, profesor del MIT nada menos. Y, sobre todo, permite insinuar que los pacifistas de hoy son los viejos rojos antinorteamericanos de siempre, los que en la "guerra fría" estaban con "los otros". Esta insinuación es doblemente perversa. Primero porque oculta que precisamente una parte notable de los "rojos" antinorteamericanos de ayer son ahora los más favorables a la propaganda de la "guerra justa" (unos por el poder que tienen en las provincias del imperio y otros porque mientras tanto han cambiado de ideas). Y segundo porque se oculta que la gran mayoría de las personas opuestas a los bombardeos son jóvenes vinculados a organizaciones no-gubernamentales humanitarias, al movimiento antiglobalización y a asociaciones que han nacido cuando ya había acabado la "guerra fría" y no tienen apenas nada que ver, por tanto, con las ideologías de aquella época.

La manipulación informativa que está detrás de estos ocultamientos ha ido en aumento desde 1991, lo mismo en EE.UU. que en Europa. Se hizo patente durante la guerra del golfo pérsico. Se acentuó durante los meses que duraron los bombardeos de las fuerzas de la OTAN sobre Belgrado y otras ciudades de la antigua Yugoslavia. Y está llegando a su culminación en estos días. Pondré un par de ejemplos muy representativos de esto y que nos afectan.

Uno: Cuando después del 7 de octubre un grupo de intelectuales firmó un manifiesto contra guerra, *El País*, uno de los pocos periódicos que suele aco-

ger en sus páginas las opiniones más diversas, ni siquiera hizo mención de aquel documento. Cuando una semana después varios del firmantes del mismo enviaron un artículo "pacifista" para su publicación, el mencionado periódico lo rechazó; pero a los pocos días insertó artículos en los que se criticaba el contenido de lo que no había querido publicar. Y así ha seguido durante semanas: publicando artículos con referencias oblicuas a actitudes pacifistas a las que se ridiculiza sin dar a sus lectores en ningún caso la argumentación de los otros.

Dos: El 10 de noviembre hubo dos manifestaciones en el centro de Roma. A la primera, convocada por Berlusconi y de signo inequívocamente pronorteamericano, asistieron cuarenta mil personas. A la segunda, convocada por una amalgama de pacifistas bajo el lema "No en mi nombre", asistieron algo más de cien mil personas (según datos de todos los periódicos italianos). Pues bien, al día siguiente *El País* da el doble de relieve en titulares a la primera manifestación y no dedica ni una sola línea a la segunda. Teniendo en cuenta lo que representa Berlusconi (incluso para un diario como *El País*) y que el primer ministro italiano había afirmado unas semanas antes la superioridad de la "civilización occidental" sobre la islámica, está todo dicho. Por si acaso lo calificaré: manipulación indigna en nombre de la "libertad" y la "democracia". La parte de los nuestros que critica y sale a la calle a hacer oír su voz ya no es "de los nuestros".

En otros tiempos, malos también, estas cosas que pasan en EE.UU. y en España se llamaban *censura*. Y, como en ellos, ahora se contesta a los críticos y a los disidentes en nombre de la libertad (de empresa, claro): ningún periódico está obligado a publicar opiniones que no comparte. Ciertamente, no hay ninguna obligación. Pero es feo, para decirlo con un eufemismo de mi pueblo que me ahorra palabras mayores, des-

calificar aquello que previamente no se ha querido publicar. Feo porque, además de traer a las mentes de los más viejos los tiempos aquellos de las censuras, significa que se está tratando a los lectores como a infantes a los que hay que evitar el peligro de la contaminación. Y algo más que feo cuando, al comprobar que las opiniones expresadas por los firmantes de lo que no se quiso publicar son expresadas por unos cuantos cuantos miles en las calles de las principales ciudades españolas, se argumenta, como se está haciendo, en nombre de la defensa de "nuestra civilización", que no hay que dejarse llevar por el sentimentalismo que produce la visión de unos cuantos niños afganos muertos por las bombas de la libertad y la democracia. O sea, que en nombre de la libertad y de la democracia lo que se nos está pidiendo no es sólo ya que distingamos con la razón entre buenos y malos, amigos y enemigos, sino además que reprimamos nuestros sentimientos para adaptarlos a la posición ya tomada.

Eso es lo que trae la guerra. Y viendo eso, no se puede esperar que los motivos que llevan a la desesperación de los otros —a los que hace poco se refería John Berger en un espléndido artículo— decaigan. Previsiblemente aumentarán. Y al aumentar se irá creando el caldo de cultivo para que se produzca lo que tanta gente dice querer evitar: el choque entre culturas o civilizaciones. En circunstancias así de poco sirve argumentar que, hablando con propiedad, no hay civilizaciones sino civilización. La reducción de la "inteligencia" al espionaje y a la articulación de las medidas policiales contra "sospechosos" de ser "de los otros", porque no quieren bombardeos ni guerra, siempre tiene el mismo límite: calcula muy mal los odios que genera. Esta limitación hace crecer el número de los desesperados. Y el terrorismo moderno se ha nutrido siempre de la desesperación.

El Fondo de Garantía de Inversores (contribución al estudio del art. 77 LMV y del RD 948/2001, de 3 de agosto)

Manuel M^a SANCHEZ ALVAREZ

I. INTRODUCCION

El artículo 77 de la Ley de Mercado de Valores (LMV), en la redacción que le dio la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, crea los Fondos de Garantía de Depósitos (FGD). Por esta vía el legislador ha incorporado a nuestro ordenamiento la Directiva 97/9 CE del Consejo y del Parlamento Europeo, de 30 de mayo, relativa a los sistemas de indemnización a los inversores y algunas previsiones de la Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 20 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables. Por último, el *Boletín Oficial del Estado* de 4 de agosto pasado ha publicado el Real Decreto 948/2001, de 3 de agosto, sobre sistemas de indemnización de los inversores, por el que se regula la creación de un Fondo de Garantía de Inversiones (FGI) de carácter obligatorio, dejando abierta la puerta a la posibilidad de que se cree otro Fondo voluntario que, de crearse, se regirá por las mismas normas que aquel (art. 77 LMV), aunque el artículo 2.3 R.D. 948/2001 puede inducir a pensar otra cosa. En esta nota nos proponemos exponer de manera muy sintética la finalidad, presupuestos y criterios de funcionamiento del FGI.

II. NATURALEZA Y FUNCION DE LOS FGI

1. El FGI puede describirse como un patrimonio separado, sin personalidad jurídica propia y cuya representación y gestión está encomendada a una Sociedad Gestora (SG) (art. 77.2 LMV).

2. A tenor de lo dispuesto en el artículo 3 RD 948/2001, en relación con el artículo 64.1 LMV, están obligadas a adherirse al FGI las Sociedades de Valores (SV) y las Agencias de Valores (AV).

3. La función de los FGI es dar una cobertura a los inversores cuando no puedan obtener de una empresa de inversión o de una entidad de crédito el reembolso de las cantidades de dinero o la restitución de los valores o instrumentos financieros que les pertenezcan y que aquellas tuvieran en depósito con motivo de la realización de servicios de inversión o de la actividad complementaria de depósito y registro de valores o instrumentos financieros (art. 1.1 R.D. 928/2001).

4. Se consideran servicios de inversión:

a) La recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros.

b) La ejecución de dichas órdenes por cuenta de terceros.

c) La negociación por cuenta propia.

d) La gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los inversores.

5. Por actividades complementarias se entiende el depósito y administración de los instrumentos que luego se dirán, además de la llevanza del registro contable de los valores representados mediante anotaciones en cuenta.

6. De la interpretación conjunta de los artículos 77.1, 63.1 y 63.4 LMV y 4.1.a) del RD 948/2001 se desprende que los servicios y actividades complementarias se prestan sobre dinero, valores o instrumentos financieros que hayan depositado los clientes en las empresas de servicios de inversión adheridos a los FGI. Esto es:

a) Los valores negociables, en sus diferentes modalidades, incluidas las participaciones en Fondos de Inversión y los instrumentos del mercado monetario que tengan tal condición

b) Los instrumentos financieros. Según el artículo 2 LMV son instrumentos financieros:

a') Los contratos de cualquier tipo que sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no.

b') Los contratos financieros a plazo, los contratos financieros de opción y los contratos de permuta financiera, siempre que sus objetivos sean valores negociables, índices, divisas, tipos de interés o cualquier otro tipo de subyacente de naturaleza financiera, con independencia de la forma en que se liquiden los valores y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no.

c') Los contratos u operaciones sobre instrumentos no contemplados en las letras anteriores, siempre que sean susceptibles de ser negociados en un mercado secundario, oficial o no, y aunque su subyacente sea no financiero, comprendiendo, a tal efecto, entre otros, las mercancías, las materias primas y cualquier otro bien fungible.

c) Los instrumentos del mercado monetario que no tengan la condición de valores negociables. Según el artículo 2 RD 291/92, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores, se consideran valores negociables:

a') Las acciones de sociedades anónimas y las cuotas participativas de las Cajas de Ahorros y de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, así como cualesquiera valores, tales como derechos de suscripción, "warrants" u otros análogos, que directa o indirectamente puedan dar derecho a su inscripción o adquisición.

b') Las obligaciones y valores análogos representativos de partes de un empréstito, emitidos por personas o entidades privadas o públicas, ya sean con rendimiento explícito o implícito, los que den derecho directa o indirectamente a su adquisición, así como los valores derivados que den derecho sobre uno o más vencimientos de principal o intereses de aquellos.

c') Las letras de cambio, pagarés, certificados de depósito o cualquier instrumento análogo, salvo que sean librados singularmente y, además, deriven de operaciones comerciales antecedentes que no impliquen captación de fondos reembolsables del público.

d') Las cédulas, bonos y participaciones hipotecarias.

e') Las participaciones en fondos de inversión de cualquier naturaleza.

f') Cualquier otro derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea la denominación que se le dé, que, por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera. En particular, se entenderán incluidos en el presente apartado las participaciones o derechos negociables que se refieran a valores o créditos.

7. Como se ha dicho, la finalidad del FGI es prestar una cobertura a los inversores en los que concurrían los requisitos exigidos por la Ley y cuando concurren las circunstancias que en ella se establecen.

Según lo dispuesto en la Disposición Final 1.2 de la Ley 37/1998, la entrada en vigor de la cobertura del FGI no coincide con la de su constitución o su puesta en funcionamiento sino que lo hará con la entrada en vigor de la Directiva 93/22/CEE, de 10 de mayo de 1993. En consecuencia, la Disposición final cuarta del RD 948/2001 establece que la cobertura del FGI se retrotrae al 1 de julio de 1993. Esta circunstancia obliga a detenerse en el estudio de la naturaleza de la cobertura.

No es seguro que debe entenderse por cobertura. El artículo 77 LMV y los artículos 1, 6 y 7 RD 949/2001 parecen considerarla, unas veces, como una garantía pura y otras como una indemnización. Por su parte, la Exposición de motivos y el artículo 1.1 del RD 948/2001 se limitan a señalar que lo que se crea es un sistema de indemnización de los inversores, expresión que se ha tomado, sin duda alguna, de la Directiva 97/9/CEE que luego se sirve, de forma reiterada, de las expresiones de cobertura y de compensación (cfr. arts. 2.1 y 2, 3, 4.1, 8, etc.).

Conviene recordar al respecto que el fundamento de la obligación que pesa sobre el FGI prestar esa cobertura y hacerla efectiva en su caso es legal y no contractual o extracontractual (arts. 2.1 y 6.1 del RD 948/2001). Siendo así, no parece que la noción de indemnización describa correctamente la cobertura que ofrece el FGI que más bien parece una garantía legal y de cuantía limitada hasta un máximo previsto por la norma legal. En efecto, en nuestro ordenamiento la noción de indemnización va unida a la producción de un daño por parte del obligado a indemnizar o de aquel que se encuentre vinculado con el productor del daño por relaciones

contractuales (arts. 1791 a 1796 CC) o de otra índole (arts. 1902 a 1910). Por otra parte, es sabido que ese daño puede producirse en el curso de una relación contractual (art. 1101 CC) o puede tener origen extracontractual (art. 1902 CC).

En el caso que nos ocupa, el FGI no está vinculado por título o causa alguna a los inversores ni tampoco está vinculado de modo alguno a las sociedades y agencias de valores. Si los inversores se pueden dirigir contra el FGI es porque lo impone una norma legal: el artículo 77 LMV y el RD 948/2001 que lo desarrolla. Por otra parte es claro que no cabe entender que el pago de la cobertura extingue el derecho del inversor a exigir la restitución de lo entregado a la empresa de inversión. En estas circunstancias no parece que puedan asimilarse las nociones de sistema de indemnización de los inversores, de la que se sirve la Directiva 97/9/CEE, con la de indemnización sino que, por el contrario, cabe considerar que la cobertura que ofrece el artículo 77.7 LMV es una garantía autónoma, limitada, subsidiaria de carácter extraordinario y cuyo fundamento es legal.

De ello se desprenden importantes consecuencias. La primera ya se ha dicho. El pago de la garantía no extingue la obligación de la empresa de inversiones de devolver lo recibido del inversor. Este último conserva el derecho a exigir a la empresa de inversión la restitución de la diferencia que exista entre el valor del dinero, valores o instrumentos financieros entregados a la misma y el importe de la cantidad percibida del FGI, que queda subsistente, pues el FGI sólo se subroga en los derechos que los inversores ostentan frente a la empresa de servicios de inversión por el importe de la cantidad que el FGI haya abonado efectivamente a cada inversor (art. 77.7.II y III LMV y 7.1 RD 948/2001).

En segundo lugar, el inversor no puede dirigirse directamente al FGI (*rectius*: a la SG) exigiendo el pago de la cantidad a la que tenga derecho y ello porque ni el FGI ni la SG son deudores o fiadores de la obligación garantizada sino que responden por la suya propia —la que tiene fundamento legal.

Por otro lado, resulta que la garantía que ofrece el FGI es subsidiaria, puesto que el inversor sólo podrá dirigirse contra el mismo cuando se declare formalmente y por el procedimiento establecido que la empresa de servicios no puede cumplir con las obligaciones que tiene contraídas con aquel. En efecto, la garantía prestada sólo opera cuando la empresa de inversiones ha sido declarada formalmente en estado de insolvencia o cuando la CNMV ha dictado la declaración prevista en el artículo 77.7 LMV. Siendo así es claro que la garantía no cubre cualquier incumplimiento por parte de la empresa de servicios.

Desde el momento en que la garantía la ofrece el FGI, que es un patrimonio separado sin personalidad jurídica, parece que debe entenderse que se trata de una garantía real. Ahora bien, el artículo 77.8.e) LMV establece que el FGI deberá disponer de los recursos necesarios para la cobertura de la garantía proporcionada. En consonancia con ello, el artículo 8.3 RD 948/2001 establece que si la SG

prevé que los recursos del FGI son insuficientes para el cumplimiento de sus funciones, requerirá a las entidades adheridas la realización de las derramas necesarias para subsanar el correspondiente desequilibrio financiero o patrimonial. De ello se infiere que si en el curso de un ejercicio se agotasen los recursos patrimoniales y financieros, la SG podrá y quizás deberá exigir a las entidades adheridas esa derrama, pues en este caso es claro que el FGI no dispondrá de los recursos necesarios para garantizar la cobertura (argumento ex art. 77.8.e) LMV).

Por las mismas razones y si a consecuencia de la realización de las operaciones de cálculo del importe de las garantías establecidas en el artículo 6 RD 948/2001, resultase que en un caso dado la suma de dichos importes excede del de los recursos patrimoniales y financieros del FGI, la SG deberá ordenar a las entidades adheridas al FGI realizar la correspondiente derrama y ello es así, entre otras cosas, porque ni en la Directiva, ni en la Ley ni en el Reglamento se prevé la minoración del importe de la garantía que pagará el FGI al inversor, por la insuficiencia de sus recursos patrimoniales y financieros.

Ahora bien; lo anterior no quiere decir que la garantía no sea real. En este sentido conviene separar dos obligaciones, cuyo fundamento es distinto. El FGI es un patrimonio separado afecto a un fin. Ello quiere decir que no existe comunicación entre las deudas de ese patrimonio y el patrimonio de las entidades adheridas. Otra cosa bien distinta es que las entidades adheridas al FGI responden ante la SG de la deuda que tengan contraída con el FGI (argumento ex arts. 6 y 8 RD 948/2001). Siendo así, parece claro que los inversores no pueden dirigirse directamente contra las entidades adheridas morosas, incluso en el caso de que el FGI no haga frente a la cobertura que garantiza. A tenor de lo dispuesto en el artículo 77.7 LMV aquellos deberán dirigirse contra la SG, que es la representante del FGI (arts. 13 Directiva 97/9/CEE y 20. 1º y 4º RD 948/2001) y es la SG la que puede dirigirse contra las entidades adheridas, de la que cada una de las cuales será deudora del fondo en la cuantía que les corresponda (arts. 8.3, 12.6 y 8, 13.2 y 20.7º RD 948/2001).

Pero por otro lado, la SG es, como se ha dicho, la representante del FGI. Ello quiere decir que aquella no responde de las deudas de este. Dicho en otros términos. Los inversores no pueden exigir a la SG el pago de la cobertura, ni siquiera en el caso de que el FGI sea insuficiente o, incluso, en el caso de que la SG no exija a las entidades adheridas la derrama. En esta tesitura, parece que la única salida que le queda a los inversores es dirigirse contra los administradores de la SG exigiendo la acción individual de responsabilidad ex artículo 135 TRLSA.

Se trata, por último, de una garantía limitada puesto que su cuantía máxima posible es 20.000 euros, que es el mínimo previsto en el artículo 4 de la Directiva 97/9/CEE. Para determinar la cuantía efectiva de la garantía deberán tenerse en cuenta la totalidad de las inversiones del mismo inversor en la misma empresa de servicios de inversión. Cuando sean varios los titulares de la misma inversión, el importe de la cantidad se dividirá entre aquellos de

acuerdo a lo previsto en el contrato de prestación de servicios (arts. 8.1 Directiva 97/9/CEE y 6.2º, 3º y 4º RD 948/2001).

III. COBERTURA GARANTIZADA Y PROCEDIMIENTO DE EXIGENCIA DE LA MISMA

1. Según establecen los artículos 4.2º y 3º y 5 R.D. 948/2001, el FGI cubrirá la no restitución al inversor del dinero, valores o instrumentos financieros por parte de las entidades adheridas, cuando concurra cualquiera de estas dos circunstancias:

a) Que la entidad adherida se encuentre incurso en una situación de insolvencia de la referida entidad, entendiéndose por ello que esta última haya sido declarada en quiebra o se tenga por solicitada judicialmente la declaración de suspensión de pagos de la entidad (art. 77.7.a) y b) LMV). En éste orden de cosas, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el artículo 5.1.a) del R.D. 948/2001 añade la exigencia, no prevista en la LMV, de que esas declaraciones conlleven la suspensión de la restitución del dinero o de los valores o instrumentos financieros. Este último añadido es nulo, a nuestro modo de ver, por ser contrario al principio de legalidad habida cuenta de que, primero, la habilitación que le confiere al Gobierno el artículo 77.8 LMV para regular el FGI se refiere sólo a aquellos aspectos no regulados por la Ley y este resulta que sí lo está (cfr. art. 77.7 LMV) y, segundo, porque el inciso restringe el alcance del precepto legal.

b) Ahora bien; no es necesario que se dé esa declaración de insolvencia puesto que basta con que la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) declare que la empresa de servicios de inversión no puede, aparentemente y por razones directamente relacionadas con su situación financiera, cumplir las obligaciones contraídas con los inversores, siempre que el inversor hubiere solicitado a la empresa prestadora de los servicios de inversión la devolución de fondos o valores que se le hubieren confiado y no hubiere obtenido satisfacción por parte de la misma en plazo máximo de 21 días hábiles. Con ello se da cumplida cuenta de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Directiva 97/9/CEE.

Desde luego, el FGI no cubre las pérdidas del valor de la inversión o cualquier otro riesgo de crédito.

2. Según establece el artículo 3.2 de la Directiva 97/9/CEE la finalidad de la cobertura es:

a) Reembolsar a los inversores los fondos que les adeuda o les pertenecen y que la empresa tenga depositados por cuenta de aquellos en relación con operaciones de inversión.

b) Restituir a los inversores todo instrumento que les pertenezca y que la empresa posea, administre o gestione por cuenta de aquellos en relación con operaciones de inversión, de acuerdo con las condiciones legales y contractuales aplicables.

3. El procedimiento a seguir para hacer efectiva la garantía es realmente muy sencillo. Una vez que se

produzca alguna de las declaraciones previstas en el artículo 77.1 LMV, el inversor se dirigirá a la SG exigiendo el pago de la cantidad que le corresponda. La SG dispone de tres meses para satisfacer el pago en metálico de dicha cantidad (art. 13.1 RD 948/2001), aunque puede obtener de la CNMV una prórroga no superior a otros tres meses, que le podrá ser concedida cuando la CNMV aprecie que concurren motivos excepcionales que justifiquen el retraso. A mi modo de ver, ese retraso sólo está justificado por la insuficiencia transitoria de fondos del FGI. Una vez que han transcurrido esos plazos, el inversor dispone de otros tres meses adicionales para reclamar aquellos derechos que considere que no le han sido adecuadamente atendidos.

A mi modo de ver la primera reclamación previa es inexcusable pero no así la segunda, que entiendo que es facultativa (argumento ex art. 13.2 RD 948/2001). Siendo así, una vez que transcurra el primer plazo de tres meses o su prórroga, en su caso, el inversor podrá dirigirse judicialmente contra la SG reclamando el pago de la cantidad que considere que le corresponde, más los correspondientes intereses. Parece claro que la jurisdicción competente es la civil, habida cuenta de que la SG es una sociedad anónima (arts 77.2 LMV y 15 RD 948/2001).

IV. LA COBERTURA DEL FGI Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA AUTORIDAD SUPERVISORA E INSPECTORA

1. Para finalizar esta breve nota nos detendremos en los problemas que plantea la efectividad de la garantía cuando la Autoridad supervisora e inspectora sea declarada responsable civil por los hechos que desencadenen la exigencia de la cobertura.

2. Como es sabido, cualquier administración debe responder por los daños causados a los particulares por el normal o anormal funcionamiento de sus servicios (art. 139.1 Ley 30/1992, de 26 de noviembre). A estas alturas no existe duda alguna de que las Autoridades Supervisoras de mercados sometidos a supervisión e intervención responden por esta misma causa y ello porque esas Autoridades y, la CNMV, en particular, deben considerarse como parte integrante de la Administración, aunque gocen de autonomía funcional o tengan el estatuto de ente autónomo (art. 2.2 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con el art. 14 LMV).

Como es sabido, para el ejercicio de las funciones de supervisión, inspección y sanción que tiene atribuidas, la CNMV dispone de unos poderes que sólo pueden calificarse como omnímodos ya que no sólo puede recabar de cualquier empresa de servicio de inversión cuantas informaciones estime necesarias sobre las materias objeto de la LMV sino que además y con el fin de obtener dichas informaciones o confirmar su veracidad puede realizar cuantas inspecciones considere necesarias (arts. 85.1 y 84.1.c) LMV). A tal fin, el artículo 99.t) LMV califica como falta muy grave la negativa o resistencia a la actuación inspectora de la CNM por parte de cualquiera

de las personas físicas o jurídicas mencionadas en el artículo 84 de la misma, siempre que medie requerimiento expreso y por escrito al respecto, pudiendo sancionarse con la revocación de la autorización concedida a la empresa de servicios de inversión (art. 102.d LMV) (cfr. S-AN de 19 de mayo de 1997). Junto a ello conviene recordar la existencia del importante instrumento disuasorio que constituye el artículo 294 del Código Penal (CP), que permite adoptar incluso alguna de las medidas cautelares del artículo 129 CP.

A la vista de ello podría entenderse, según las circunstancias que concurren al caso, que si una empresa de servicios llegase a una de las situaciones previstas en el artículo 77.7 LMV, sería obligado preguntarse si la CNMV ha actuado con la diligencia exigida al caso, habida cuenta de los instrumentos cognoscitivos de los que dispone. No obstante lo anterior, debe precisarse que, como han subrayado la S-AN de 30 de noviembre de 1999 y el Dictamen del Consejo de Estado de 1 de junio de 2000, la eventual responsabilidad patrimonial de la CNMV no se derivaría de forma automática del hecho de que se produzca la insolvencia de la empresa de inversión, sino que sería preciso además que se probase la existencia de un nexo causal entre la insolvencia de la empresa de inversiones y la actuación de la Autoridad Supervisora. En otro orden de cosas y sin perjuicio de lo anterior, es sabido que la CNMV, como cualquier administración, puede ser condenada como responsable civil subsidiario y de manera solidaria junto con uno de los miembros de su Consejo o de sus empleados cuando se diesen los supuestos contemplados en el artículo 121 CP (cfr. SSTs de 14 de junio de 1993 y de 29 de julio de 1998).

3. Así las cosas, una vez que se declare la responsabilidad civil de la CNMV, ésta vendrá obligada a indemnizar a los inversores en la cuantía que determine la sentencia en la que se declare dicha responsabilidad. Si se diese el caso de que los hechos que provocan esa declaración de responsabilidad hayan desencadenado asimismo la actuación de la cobertura establecida en el artículo 77 LMV y, en consecuencia, que el FGI se haya visto obligado a hacer efectiva la garantía establecida en la Ley. En este caso, y por las razones que se han expuesto con anterioridad parece claro que la CNMV o el funcionario declarado responsable civil no puede invocar frente al inversor el pago de la cobertura como hecho extintivo del derecho de éste a ser indemnizado por el daño sufrido. De ello se desprende que el inversor puede exigir a la CNMV el pago de la diferencia que exista entre el importe de la indemnización señalada por los Tribunales por la responsabilidad civil y la cuantía de la suma que se le entregó en cumplimiento de la garantía, de la misma manera que el FGI puede exigir a la CNMV el pago del importe de la garantía que abonó al inversor (arts. 77.7 LMV y 7 RD 948/2001). Por último, en el caso de que fuese declarada responsable civil subsidiaria ex artículo 121 CP, la CNMV deberá repetir contra el funcionario o contra el miembro de su Consejo que ha provocado la declaración de responsabilidad de aquella (art. 145.3 Ley 30/1992).

Control de la administración pública por los tribunales de justicia (en el ámbito penal)

Carlos JIMENEZ VILLAREJO

1. INTRODUCCION

Los factores desestabilizadores del sistema constitucional se manifiestan tanto en el orden político como económico. Y, como veremos, consisten sustancialmente en abusos de poder que lesionan valores esenciales del Estado social y democrático de Derecho.

En el ámbito de la función pública, los abusos de poder, cuando adquieren cierta gravedad y relevancia, son expresiones de corrupción. En la actividad económica, lesionan el orden económico constitucional y perjudican a los consumidores, es decir, al conjunto de los ciudadanos.

Cualquiera que sea el concepto y la determinación de los rasgos esenciales de la corrupción, hay ya una coincidencia global de que pone en cuestión, en peligro, el propio sistema democrático, entendido como el conjunto de instituciones que conforman el orden constitucional. Podemos aceptar un concepto de corrupción para afrontar el problema, el de Nye "aquella conducta que se desvía de los deberes normales de una función o cargo público a causa de ganancias personales, pecuniarias o estatus o que conculca reglas orientadas a combatir ciertos logros de influencia particular". La corrupción dice el Consejo de Europa es "sobre todo, un abuso de poder o una falta de probidad en la toma de decisiones". Asimismo afirma: "La corrupción comprende las comisiones ocultas y cualquier otra actuación que personas investidas de funciones públicas o privadas llevan a cabo con violación de los deberes que les corresponden, a fin de obtener ventajas ilícitas de cualquier naturaleza ya para sí ya para terceros".

La incidencia gravemente negativa de la corrupción, y en particular de la delictiva, sobre el Estado democrático es contemplada también desde la doctrina española sobre la materia. Así, entre otros, Garzón Valdés señala que "la corrupción se vuelve posible y prospera cuando los *decisores* abandonan el punto de vista interno y actúan *deslealmente* con respecto al sistema normativo", cifrando la gravedad de la corrupción en la ruptura de la *lealtad democrática* como "cuestión central de la democracia actual". Al concepto de deslealtad también se refiere el trabajo de A. Saban: "el componente anímico de la conducta corrupta es la *deslealtad*, entendida ésta como la actuación en contra de los intereses cuya defensa nos viene confiada...". Y más recientemente, A. Nieto la definía como "el uso desviado de los poderes públicos en beneficio particular". Y en la Memoria de 1995 y la Instrucción 1/96 del Fis-

cal General del Estado se perfila también un concepto de corrupción delictiva. Este criterio es el que, referido expresamente a la corrupción en el ámbito público, asumió expresamente el Tribunal Supremo en la sentencia de 20.09.1990 cuando la definió como "una traición fundamental de los deberes de lealtad, probidad y fidelidad inherentes a la función pública".

Decimos cuanto antecede para destacar, por encima de cualquier otra consideración, que la lucha contra la corrupción es una exigencia fundamental del Estado social y democrático de derecho. Por una parte, todo el poder público, en sus variadas manifestaciones, está sometido al Derecho. Así lo establece taxativamente con carácter general el artículo 9 de la Constitución. "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico", sometimiento paralelo a "la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos", imperativo constitucional que tan claramente se perfiló en las Sentencias del Tribunal Constitucional de 20.07.81 y 03.08.83. Complementando dicho principio general, es exigido con carácter específico para el Gobierno en el artículo 97, para la Administración Pública en el artículo 103.1 y para los jueces en el artículo 117.1, previsiones, particularmente la de servir "con objetividad a los intereses generales", que pretenden mantener, como expresó la sentencia del Tribunal Constitucional 77/85, de 27 de junio, a los servicios públicos a cubierto de toda colisión entre intereses particulares e intereses generales.

Es, asimismo, un rasgo específico del Estado de Derecho, que fundamenta también el deber de cuantos integran la Administración de "servir con objetividad los intereses generales" y actuar con "imparcialidad en el ejercicio de sus funciones", norma fundamental para la prohibición y la sanción penal de las conductas corruptas.

Pero, también el abuso de poder económico es manifiestamente contrario a la Constitución. La definición del Estado como "social" obliga a entender que el reconocimiento de la "economía de mercado" y la "libertad de empresa" está complementado con previsiones en orden a garantizar no sólo las obligaciones propias de un Estado prestacional, sino la posibilidad "de transitar a formar superiores de solidaridad y convivencia" para realizar el valor constitucional de la "justicia"².

En efecto, la Constitución establece un determinado modelo de "orden socioeconómico", el que está comprendido bajo el concepto, con origen en la

¹ Pablo García Mexía. *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*. Editorial Aranzadi. Pág. 59

² V. Angel Garrarena Morales. *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Tecnos. Pág. 91.

Constitución de Weimar, de *Constitución económica* que no es otra cosa que “el marco y los principios jurídicos de la Ley fundamental que ordenan y regulan el funcionamiento de la actividad económica” (S. Martín Retortillo) y que ya asumió el Tribunal Constitucional, S. 1/82, de 28 de enero, al decir: “En la Constitución española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX, y de forma semejante a lo que sucede en las más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la Constitución económica formal. Este marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad ésta reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo Preámbulo garantiza la existencia de «un orden económico y social justo».”

Criterio que define la línea de un “orden socioeconómico”, característico del Estado social de Derecho, en el que, por tanto, el reconocimiento de “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” (art. 38 CE.) como eje del sistema económico está sujeto a un amplio conjunto de prescripciones constitucionales, como la función social de la propiedad privada (art. 33.2) que, como acertadamente sostiene Díez Picazo, no sólo “*preserva* a la propiedad en un sistema económico que continúa siendo capitalista” sino que “origina deberes para el propietario en función de intereses distintos y del interés público general” (véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/87, de 26 de marzo, sobre utilidad individual y función social de la propiedad privada), la subordinación de toda la riqueza del país al interés general (art. 128.1), la planificación de la actividad económica para atender a las necesidades colectivas, equilibrarlas y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el conjunto de la renta y de la riqueza y su más justa distribución (art. 131.1) y, finalmente, por imperativo del artículo 9.2, el compromiso de los poderes públicos de promover la efectiva y real igualdad y libertades de los ciudadanos mediante la remoción de los obstáculos que se opongan a ello. Con ello la Constitución define un sistema social y económico, esencialmente dinámico, que se traduce en la función promocional del orden social que expresan los preceptos constitucionales según los cuales los Poderes Públicos deben promover, garantizar y asegurar los derechos que se integran en “los principios rectores de la política social y económica”.

Desde este marco fundamental, podría sostenerse que el sistema está configurado por la libertad económica, cuyo núcleo es la empresa y el mercado (art. 38), completado por una ordenación de la actividad económica por los poderes públicos con el fin de “promover el progreso... de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida” (Preámbulo de la Constitución) que se concreta en los artículos 40, 45, 50, 54, 130, 131, etc., preceptos que no persiguen otra cosa sino equilibrar el desarrollo económico. Pero, en todo caso, debe reco-

nocerse que la economía de mercado no sólo no excluye la intervención de los Poderes Públicos en la regulación de la misma sino que, como ha explicitado la STC. 88/86, de 1 de julio, el propio mantenimiento del mercado y la garantía de la competencia impone aquella intervención pública. Así lo reconoce formalmente la Ley 3/91, de 10 de enero, reguladora de la competencia desleal al referirse en la Exposición de Motivos a los valores que han cuajado en nuestra “Constitución económica” para, a continuación, regular específicamente las conductas de competencia desleal.

Estamos, pues, ante un sistema de “orden socioeconómico” que el legislador debe amparar y proteger frente a aquellas conductas que lo perturban gravemente.

Y, desde luego, desde este régimen de convivencia y sistema de valores, la actividad pública o económica necesita de límites de carácter punible y los ciudadanos como sujeto colectivo de derechos y necesidades deben ser protegidos penalmente frente a conductas que, como las corruptas, lesionan o ponen en peligro gravemente sus intereses y los del propio sistema.

Pero, además y con anterioridad a la reacción penal frente a los abusos, el ordenamiento jurídico debe garantizar un marco de garantías tendentes a prevenirlos o, incluso, impedirlos. Es lo que se ha llamado estrategia en orden a reducir la vulnerabilidad de las instituciones públicas o privadas y que permitan la detección y la neutralización de los abusos en el ejercicio del poder. Estrategias que todos los analistas centran, entre otras exigencias, en la transparencia de la Administración Pública y el efectivo funcionamiento de los mecanismos de control interno y, en la actividad económica, en una reglamentación rigurosa que evite el dominio monopolístico del mercado y la protección de los consumidores.

El somero análisis de estos mecanismos es el objeto de esta exposición.

Es evidente que consideramos necesario no sólo que el Estado tipifique y sancione penalmente las conductas abusivas graves en cada uno de estos ámbitos —regulación penal que hoy, globalmente, podemos considerar satisfactoria— sino su eficaz persecución.

Pero el Estado también debe garantizar unas medidas preventivas básicas, por varias razones. En primer lugar porque la intervención judicial penal sólo debe producirse en momentos de crisis de los controles preventivos. En segundo lugar, para evitar lo que se ha denominado “huida al Derecho Penal” que, sancionando conductas individuales con penas más o menos simbólicas, no hace sino aceptar y consentir la desviación del sistema. Así lo resumía la penalista García Arán, “el carácter simbólico de una norma penal no está tanto en su propio contenido como en la ausencia de otros mecanismos extrapenales que eviten el recurso al Derecho Penal”³.

³ ¿Hasta dónde la criminalización de lo público?, en la obra colectiva *Crisis del sistema público, criminalización de la vida pública e independencia judicial*. Consejo General del Poder Judicial.

Debe ser un objetivo previo a la sanción penal la eliminación de zonas oscuras o de impunidad que, en cuanto deficiencias del sistema, favorecen toda clase de abusos. Y, en tercer lugar, porque “no es misión del Derecho Penal la erradicación de la corrupción”⁴ que, además, exigiría para ser realmente eficaz una armonización internacional de los ordenamientos jurídicos y una mejora sustancial de la cooperación penal internacional.

El planteamiento que exponemos no responde fundamentalmente a la necesidad de aplicar a la Administración y a la actividad empresarial los principios de una ética pública, como han expuesto algunos autores, sino sencillamente es una derivación de la rigurosa aplicación del principio de legalidad democrática a las instituciones públicas y a la sociedad civil.⁵

II. EL CONTROL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA Y DE LA FUNCION PUBLICA

En los últimos años hemos asistido a un incremento de las normas que tratan de procurar, como freno a la corrupción, una mayor transparencia en la actuación de la Administración y mayores límites a la discrecionalidad en las decisiones administrativas, con el propósito de evitar la subordinación del interés general al interés privado. Examinaremos brevemente el alcance y consecuencias de algunas de ellas.

1. Los partidos políticos

La regulación de la financiación de los mismos es manifiestamente insuficiente pese a la trascendencia de su función en el sistema democrático.

La Constitución española los sitúa en el Título Preliminar –el mismo en que se define a España como una “Estado social y democrático de Derecho”– proclamando en el artículo 6 “Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política”. Preceptos que han llevado al Tribunal Constitucional a afirmar: “La colocación sistemática del artículo de la Constitución española expresa la importancia que reconoce a los partidos políticos dentro del sistema constitucional y la protección que de su existencia y de sus funciones hace no sólo desde la dimensión individual del derecho a constituirlos y participar activamente en ellos, sino también en función de la existencia del sistema de partidos como base esencial para la actuación del pluralismo político” (STC 85/86).

En similares términos se expresaba el Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de octubre de 1997

sobre el caso FILESA: “Dicha norma –la Ley Electoral General– limita los gastos electorales de las distintas candidaturas con un doble fundamento constitucional, evitar la distorsión de la publicidad abusiva en detrimento de la sana formación de la opinión pública base del Estado democrático, y evitar también la vulneración del principio de igualdad como uno de los inspiradores del ordenamiento jurídico”.

Las razones expuestas justifican que el Estado haya asumido una parte importante de la financiación de los partidos mediante el sistema de subvenciones que se regula en varias disposiciones legales.

Desde esta perspectiva, cobra singular importancia cómo se produce la financiación de los mismos por dos razones. Primera, porque el crecimiento de los costes de la política derivado sobre todo de las modernas campañas electorales ha impuesto a los partidos políticos una exigencia de recursos económicos que no podía ser satisfecha por los partidos políticos por la vía de la cuota de sus militantes. En consecuencia, la obtención de dinero se convertía en un objetivo político en sí mismo.

Y, en segundo lugar, porque las aportaciones económicas privadas pueden generar una desigualdad económica entre los partidos que rompe el principio de igualdad de oportunidades llegando a afectar a la representatividad de los mismos y al propio fundamento del principio del pluralismo político.

Ante una problemática tan relevante es comprensible que el Consejo de Europa se plantee el estudio de la criminalización de las formas más graves de financiación irregular de los partidos políticos y las campañas electorales.

La financiación está regulada en España por la Ley Orgánica 3/87, de 2 de julio, sobre financiación de los partidos políticos y por la Ley Orgánica 5/85, de 19 de junio, de Régimen Electoral General. La Ley de 1987 ya se refiere a los presupuestos anteriormente mencionados.

El sistema de financiación privada y el de financiación electoral carece de normas de control efectivo y de sanción eficaz como ha puesto de manifiesto en repetidas ocasiones el Tribunal de Cuentas. Es más, el artículo 134.2 de la Ley Electoral General otorga al Tribunal de Cuentas la facultad de proponer cuando se violen las restricciones establecidas en materia de ingresos y gastos electorales “la no adjudicación o reducción de la subvención estatal al partido, federación o agrupación de que se trate”, sin que nos conste el uso que se ha hecho de esta facultad.

Normas similares sobre el control de la contabilidad electoral se encuentran en los artículos 121 y 132 a 134 de la Ley Electoral General que atribuye a la Junta Electoral Central y a las Provinciales la facultad de recabar de los administradores electorales y de las entidades bancarias las informaciones contables que estimen necesarias para el cumplimiento de su función fiscalizadora. Se contempla incluso la previsión (art. 132.4) de que “si de sus investigaciones resultasen indicios de conductas

⁴ J. González. *Corrupción y justicia democrática*. Editorial Clamores.

⁵ Ubaldo Nieto. *Ética de Gobierno. Economía y Corrupción*, págs. 24-33. Editorial Universidad Complutense.

J. González Pérez. *La ética en la Administración Pública*. Cuadernos Civitas.

Adela Cortina. *Ética de la empresa*. Editorial Trotta.

constitutivas de delitos electorales lo comunicará al Ministerio Fiscal...”, sin perjuicio de la facultad sancionadora de las Juntas Provinciales conforme a lo dispuesto en el artículo 153 de la Ley.

Pues bien, tenemos serias dudas, además de la manifiesta insuficiencia del régimen de financiación de los partidos, de que la administración electoral ejercite las descritas facultades legales, practicando las investigaciones conducentes al control de la financiación electoral. Dudas que tienen su fundamento en que tras veintitrés años de elecciones democráticas y pese a la desconfianza que suscita la financiación de los partidos, tampoco nos consta que se haya aplicado el delito electoral del artículo 149.1 de la Ley Electoral General que sanciona el incumplimiento grave de las normas sobre contabilidad y cuentas electorales⁶.

2. La actividad económica de la Administración

En primer lugar, a causa de que la economía de mercado exige que el Estado ejerza una función económica correctora precisamente para garantizar y preservar una dimensión social inspirada en principios de justicia, el Estado “asume un importante papel en el gobierno de la economía” (C. Auger), como la tributación y el endeudamiento, las actividades crediticias, la regulación urbanística, expropiaciones, privatizaciones y, sobre todo, inversiones directas en obras públicas o las que se producen a los concesionarios de obras y servicios públicos, terreno, sin duda, favorecedor de prácticas corruptas.

En efecto, la contratación pública es, quizás, el ámbito que mejor debe preservarse de la corrupción, en cuanto representa una participación indirecta en el ejercicio de funciones públicas. El preámbulo de la Ley 13/95, de 18 de mayo, ya lo precisaba con claridad: “Una de las más importantes enseñanzas de la experiencia es la necesidad de garantizar plenamente la *transparencia* de la contratación administrativa como medio para lograr la *objetividad* en la actividad administrativa y el *respeto a los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia*”. Y para el logro de estos objetivos dice la Exposición de Motivos que se han incluido medidas conducentes a ello como la *publicidad* de la licitación y adjudicación, la regulación de las *causas de la prohibición de contratar y de suspensión de la clasificación* y el *registro de contratos* y, en efecto, hay constancia formal en la Ley del desarrollo de estas medidas.

Pero, es oportuno recordar aquí que precisamente la Sentencia de 24 de julio de 1997 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Supremo de Justicia de Baleares, haciendo suyo un texto de García de Enterría argumenta, como uno de los fundamentos para ab-

solver a Cañellas del delito de prevaricación de que era acusado por el Ministerio Fiscal, el reconocimiento a la Administración en la Ley de Contratos del Estado de “un ámbito de apreciación bastante extenso” en la adjudicación de obras.

Precisamente, por ello, la garantía última de una contratación pública ajustada a dichos principios es la actuación rigurosa y extremadamente vigilante de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, de las Juntas de Contratación –sujetas al deber de abstenerse conforme a los artículos 28 y 29 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común– y del Tribunal de Cuentas u órgano de fiscalización de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus facultades que se derivan del artículo 58 de la Ley.

En el marco de la contratación pública fue ejemplar la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1997 (caso Pujana alcalde de Hospitalet) que condenó por tráfico de influencias y prevaricación, fundamentando la desviación de la resolución en que en el proceso de adjudicación de la construcción de aparcamientos subterráneos aquella se hizo a través de un “tráfico de influencias en cadena”, a favor de una empresa que no ofrecía garantías de solvencia económica, técnica y profesional, ni cumplía el requisito de clasificación obligatoria para contratar con la Administración, además de diversas irregularidades formales.

La contratación pública es, un ámbito, donde en efecto las autoridades y funcionarios pueden patrimonializar el poder público en beneficio propio o de terceros.

Ciertamente, entre las prohibiciones para contratar, contenidas en el artículo 20 de la Ley, mantenidas y actualizadas por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, sigue exigiéndose como primera causa de prohibición la de haber sido “condenado mediante sentencia firme” por los delitos que se mencionan, exigencia introducida por la Ley 9/96, de 15 de enero, dado que en el primer texto bastaba, como estimo que era más acertado, estar inculcado o procesado por los respectivos delitos para no poder contratar con la Administración, requisito que, en todo caso, sería de menor entidad que otros previstos en la Ley⁷.

También es una norma relevante la prohibición de contratar (art. 20.e) impuesta a determinadas autoridades y funcionarios y su círculo más cercano de familiares para evitar en términos e R. Parada Vázquez, cual-

⁷ Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Artículo 20.a).- Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de falsedad, contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, cohecho, malversación, tráfico de influencias, revelación de secretos, uso de información privilegiada, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores o por delitos relativos al mercado y a los consumidores. La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas o en las que concurren las condiciones, cualidades o relaciones que requiera la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo.

⁶ Artículo 149.1 de la Ley Electoral General.

Los administradores generales y de las candidaturas de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores que falseen las cuentas, reflejando u omitiendo indebidamente en las mismas aportaciones o gastos o usando de cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables, serán castigados con la pena de prisión menor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas.

quier “duda razonable de la fiabilidad” en la neutralidad, objetividad e imparcialidad de la adjudicación de los contratos⁹.

3. Normas sobre el ejercicio de la función pública

Las más importantes de ellas, como prevención de la corrupción, son las que regulan el régimen de incompatibilidades, particularmente, de altos cargos y funcionarios y las que contemplan otros deberes, como las declaraciones de actividades y bienes y el deber de abstención.

Sin duda, la legislación de incompatibilidades es la mayor garantía frente a lo que la doctrina moderna denomina, como fuente de corrupción, el conflicto de intereses. En un reciente trabajo sobre la materia ha sido definido así:

— Primero, un elemento *subjetivo necesario*: al menos un cargo o funcionario público; y un elemento subjetivo contingente: un tercero particular.

— Segundo, un elemento *prescriptivo*, encarnado en el deber de servicio al interés general que acompaña a todo cargo o funcionario.

— Tercero, un elemento *material*, constituido por el riesgo o —con arreglo a la jerga penalística— «peligro abstracto» de que, merced al abuso de poder, el interés general quede subordinado a intereses particulares, «riesgo» que en sí mismo supone un quebranto del interés general.

— Cuarto, un elemento *causal*, representado por un ánimo de provecho privado, consistente en el lucro (pecuniario o en especie).⁹

El régimen de incompatibilidades para altos cargos está regulado en la Ley 12/95, de 11 de mayo, y para el personal al servicio de las Administraciones públicas en la Ley 53/84, de 26 de diciembre.

El principio regulador de esta materia está expuesto en la Ley de 1984: “respetar el ejercicio de actividades privadas que no puedan impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia”.

Sin embargo, el planteamiento real presenta serias deficiencias.

En la Ley sobre Altos Cargos —que alcanza esencialmente a los que se cubren por libre designación del Consejo de Ministros incluyendo a los de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado— el principio es el de “dedicación absoluta” con

las excepciones fijadas respecto de la actividad privada en el artículo 4 de la Ley.

Pero presenta carencias notables. La primera de ellas es la que se deriva de una práctica tan habitual hoy como es el acceso a la función pública desde la actividad empresarial privada, sobre todo si ésta está relacionada con la competencia propia del cargo a que se accede. Sólo se establece que, en este caso, “están obligados a inhibirse del conocimiento de los asuntos en cuyo despacho hubieran intervenido o que interesen a empresas o sociedades en cuya dirección, asesoramiento o administración hubieren tenido alguna parte ellos, su cónyuge o persona de su familia dentro del segundo grado...”, norma que carece de eficacia ya que su incumplimiento no genera consecuencia alguna.

Norma complementada por la del artículo 5.1 de dicha Ley que fija la obligación de declarar, con motivo del acceso al cargo público, “las actividades que desempeñen por sí o mediante sustitución o apoderamiento...” con anterioridad, obligación que tiene como finalidad “el control, en su caso, de posibles desviaciones en su actuación a favor de personas relacionadas con ellas”¹⁰.

En todo caso, es una norma de alcance muy limitado.

Ateniéndonos a la literalidad del precepto, no genera incompatibilidad alguna tener en dicha empresa un interés tan directo como el derivado de la participación accionarial propia o a través de los familiares y, por qué no, a través de personas interpuestas. Pero lo que es más importante es que como ya decía D. Niceto Alcalá-Zamora, en sus Memorias, quien abandona una actividad profesional para acceder a un alto cargo en la Administración o una empresa pública, deja la puerta, más que cerrada, “entornada”, circunstancia que puede generar prácticas corruptas, en la medida en que mantenga vínculos a través de otras personas con su anterior actividad privada. Ello sin perjuicio de la aplicación, cuando proceda, del tipo penal de las negociaciones prohibidas del artículo 441 del Código Penal.

Para los funcionarios públicos se limita la incompatibilidad a las actividades privadas que guarden relación con los “asuntos en qué esté interviniendo”.

Si insuficiente es el régimen de quien pasa de la actividad privada a la pública, más lo es el de quienes abandonan la Administración, sea o no funcionario público, para ejercer la actividad privada, particularmente cuando se trata de actividades que hayan sido beneficiadas por el alto cargo o funcionario con subvenciones, ventajas fiscales, créditos oficiales o contratos públicos, inspecciones más o menos benévolas, etc. Dice A. Sabán¹¹ que “lo más contradictorio del sistema de incompatibilidades es el desconocimiento de la incompatibilidad por excelencia”, con referencia a la regulación de la excedencia voluntaria. Si para el alto cargo se contempla una leve limitación —durante los dos años siguientes al cese no podrá realizar actividades privadas

⁹ Artículo 20.e).- Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación de los altos cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma. La prohibición alcanza igualmente a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refiere el párrafo anterior, siempre que, respecto e los últimos, dichas personas ostenten su representación legal. Las disposiciones a las que se refiere este apartado serán aplicables a las Comunidades Autónomas y a las entidades locales en los términos que respectivamente les sean aplicables.
⁹ Pablo García Mexía, obra citada.

¹⁰ J. González Pérez. *La ética en la Administración Pública*. Cuadernos Civitas.

¹¹ A. Sabán. *El marco jurídico de la corrupción*. Cuadernos Civitas.

relacionadas con expedientes en los que haya dictado resolución— para los funcionarios, sobre todo para los funcionarios cualificados como jueces, fiscales, inspectores de Hacienda, etc., no hay previsión alguna. En todo caso, es un vacío normativo grave. ¿Cómo puede sancionarse a quien, fuera de la función pública, favorece intercambios irregulares entre la Administración y los despachos y empresas a los que sirve?

A continuación se exponen aquellas normas o procedimientos, entendidos en un sentido muy amplio, que de alguna manera dificultan la persecución de los delitos, bien porque permiten la confluencia de intereses contradictorios (los particulares de un cargo público y los generales que representa la Administración) de forma permanente bien porque no permite imputar adecuadamente responsabilidades a los distintos titulares de los órganos de la Administración, al estar insuficientemente delimitada la competencia de los mismos o, sencillamente, porque el incumplimiento de normas procedimentales, de registro o de documentación impide comprobar la actuación que, en su caso, pudiera haber sido delictiva.

Con relación al primero de estos temas, llama la atención el relativamente suave régimen de incompatibilidades de los alcaldes y concejales, en relación con el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (Ley 53/84) y con el estricto régimen de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado (Ley 12/95). Es preciso realizar una matización antes de continuar. De todo el grupo de supuestos que puede dar lugar a incompatibilidad para el desempeño de un puesto público, aquí sólo se tratan los que provengan de la realización de actividades privadas, en la medida en que el ejercicio de éstas suponga en el cargo público una pugna con los intereses del servicio público que pueda comprometer su imparcialidad e independencia en el desempeño de dicho cargo.

El cargo de concejal, según el artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985 de Régimen Electoral General, y por lo tanto el de alcalde, sólo es incompatible con: los abogados o procuradores que dirijan o representen a partes en procedimientos judiciales o administrativos contra la Corporación; los directores de Servicios, funcionarios y restante personal del Ayuntamiento o de entidades y establecimientos dependientes de él; los directores generales de las Cajas de Ahorro Provinciales y Locales que actúen en el término municipal; los contratistas y subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes.

Parece lógico que este régimen de incompatibilidades contara con un precepto de cabecera de carácter general, similar al establecido para los funcionarios en el artículo 11 de la Ley 53/84, en el sentido de que el puesto de concejal fuera incompatible con el ejercicio, por sí o mediante sustitución, de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sean por cuenta propia o bajo la

dependencia o al servicio de entidades o particulares que se relacionen directamente con las que desarrolle la Corporación Municipal.

En todo caso, no parece muy lógico que la ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, que quizás sea la competencia más importante de los municipios, no genere ningún tipo de incompatibilidad para los concejales y alcaldes, máxime si a ello le añadimos los valores económicos tan elevados que mueve la actividad inmobiliaria y el alto grado de discrecionalidad de la actuación administrativa en materia de urbanismo.

Con la legislación actual, una persona puede desarrollar una actividad económica de promoción inmobiliaria en un municipio y al mismo tiempo ser alcalde o concejal del Ayuntamiento de dicho municipio, con competencias sobre urbanismo. Si como consecuencia de dicha circunstancia se diera algún supuesto de confluencia de intereses, la única obligación que le impone la Ley al miembro de la Corporación municipal es la de abstenerse de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución, que es, en nuestra opinión, notoriamente insuficiente.

Otro de los mecanismos previstos, en este caso sólo respecto de los altos cargos y cargos políticos electivos, para la prevención de la corrupción es la declaración de actividades y de bienes.

La norma más significativa es la contenida en la Ley 12/95. Comprende el deber de efectuar declaración de actividades a que ya se ha hecho referencia y “de aquellas que vayan a realizar una vez que hubiesen cesado en el desempeño de los cargos...”.

Asimismo se regula el deber de los altos cargos de declarar sus bienes, derechos y obligaciones, al inicio y cese de su mandato y anualmente. Presenta una doble insuficiencia. Primera, que la declaración patrimonial del cónyuge es voluntaria, lo que puede determinar zonas oscuras de información relevante, cuando es tan frecuente que el cónyuge sea utilizado como testafierro para ocultar la titularidad real de los bienes. Y, segunda, que el registro sea “reservado”, excluyéndose a los ciudadanos del derecho a acceder al Registro de Bienes y Derechos patrimoniales en que se refleja aquella declaración, limitación contradictoria con el derecho que se proclama en el artículo 35.h) de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, en desarrollo del artículo 105.b) de la Constitución. En estos casos, la publicidad estaría justificada para así garantizar mejor la integridad de las Instituciones. El derecho a la intimidad de quien ocupa puestos tan relevantes en la Administración no puede ni debe amparar la ocultación de dichos datos, que resultan indispensables para la verificación de su probidad y honradez. No estaríamos ante un supuesto de “injerencia ilegítima”. Es una muestra, hay otras, de la falta de transparencia de la Administración.

Las leyes han previsto otras garantías como la prohibición respecto de los altos cargos de participar por encima del 10% del capital en la propiedad de sociedades civiles o mercantiles, siempre que mantengan una relación contractual con el sector

público y, en el caso de los funcionarios, la prohibición ya mencionada, además de la de pertenecer a la Administración o desempeñar cualquier otro cargo en sociedades o empresas que estén directamente relacionadas con el Departamento en el que el funcionario desempeñe sus funciones (así resulta del artículo 2.2 de la Ley de Incompatibilidades de Altos Cargos y del artículo 12.1 de la Ley de Incompatibilidades de los Funcionarios).

Asimismo se regula el deber de abstención, previsto con carácter general en el artículo 28 de la Ley 30/92, respecto de los asuntos en que la Autoridad o funcionario tenga un interés personal directo o indirecto, deber que tiende a garantizar una neutralidad objetiva, siempre con la dificultad de comprobar las formas ocultas a través de las cuales la autoridad o funcionario público mantiene vínculos con las partes interesadas en un expediente administrativo.

Complementando las normas expuestas se establece un cuadro de infracciones y sanciones que, en el caso de los altos cargos, es particularmente condescendiente con los infractores ya que la sanción más grave se limita a la declaración y publicación del incumplimiento de la Ley en el *Boletín Oficial del Estado*.

Ciertamente, se contempla la previsión de pasar tanto de culpa a la Administración de Justicia si las infracciones constituyesen delito, como así se hace en el artículo 12 de la Ley 12/95 y en el 23 del Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios públicos, facultad que se ejercita de forma tan excepcional que, si se ha hecho, son muy limitados los casos en que ello ha ocurrido.

En todo caso, el control penal de la Administración Pública está en gran parte condicionado a que las Instituciones den riguroso cumplimiento al deber que de forma específica establece. Caben algunos ejemplos en ámbitos muy significativos.

En el principal órgano de fiscalización económica del sector público, el Tribunal de Cuentas, ya se recoge la compatibilidad de la jurisdicción contable —sobre “los alcances de caudales o efectos públicos”— con la jurisdicción penal (artículo 18 de la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo).

En el ámbito urbanístico, también se recoge el deber de dar cuenta a la jurisdicción penal. En el Real Decreto 2187/78, de 23 de junio, que contiene el Reglamento de disciplina urbanística, el artículo 56 establece que si de los expedientes se desprenden indicios del carácter de delito o falta del hecho, el órgano competente “lo pondrá en conocimiento de los Tribunales de Justicia”.

Volvamos al principio de la exposición. La sanción penal sólo tiene sentido y será plenamente eficaz si hay un efectivo régimen de controles previos que, en este momento, nos parece insuficiente.

III. LOS ABUSOS DE PODER EN EL ORDEN ECONOMICO

Decíamos más arriba que también la actividad económica genera abusos que merecen un reproche, como así es en el Código Penal vigente, pero

que, por las razones ya expuestas, resulta indispensable su control previo, control que, por otra parte, tiene efectos positivos en la lucha contra la corrupción.

Naciones Unidas, en un Informe del Secretario General sobre “Medidas contra la corrupción y el soborno” resumía como causas de corrupción las siguientes:

1ª Las “situaciones de monopolio y oligopolio en las que un puñado de empresas controla un mercado determinado”, lo que origina prácticas corruptas en la contratación pública.

2ª Concentración de poder de quienes tienen una gran capacidad de decisión sin mecanismos de control.

3ª La falta de transparencia del poder económico mediante el secreto bancario.

4ª Las discrepancias, o asimetrías, entre los distintos sistemas jurídicos como, por ejemplo, en el régimen bancario o fiscal, asimetría que, a su vez, dificulta el descubrimiento de las prácticas corruptas, en cuanto constituyen la base y el impulso de la fuga de capitales y el blanqueo.

Son conductas que pueden atentar contra los intereses de la persona, en tanto que consumidor, como consecuencia de la perversión del funcionamiento del mercado. El consumidor, como titular de intereses y derechos, está reconocido en la Constitución, artículo 51, que establece la obligación de los poderes públicos de garantizar “la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

La defensa del consumidor constituye, en nuestro ordenamiento constitucional y jurídico además de un principio general del Derecho una “norma de actuación” (Garrido Falla) que impone deberes de conductas “garantizadoras” de un cierto estatus de los ciudadanos en tanto que consumidores.

En cumplimiento de ese deber, ya se publicó en su día la Ley 26/84, de 19 de julio, que además de definir al consumidor, le confiere unos derechos determinados, particularmente a la protección de los legítimos intereses económicos y sociales y a una información correcta sobre los productos y servicios, y, sobre todo, establece en el artículo 34 un catálogo de infracciones, entre las que se encuentra la prevista en el apartado 5 de dicho precepto, en materia de fijación de precios, sin perjuicio de la responsabilidad penal, de prevalencia reconocida.

Según el artículo 1.2 d dicha Ley son consumidores o usuarios “las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”.

Pues bien, pese a su papel fundamental en el proceso económico se encuentran, máxime en una manifiesta situación de desventaja que reconoce explícitamente el artículo 23 de dicha Ley cuando insta a los poderes públicos a “suplir o equilibrar las situaciones de inferioridad, subordinación o indefen-

sión” en que aquellos pueden encontrarse. Porque, en efecto, esta situación es la que objetivamente favorece conductas abusivas que pueden adquirir relevancia penal.

La posición de debilidad del consumidor ha sido destacada por el propio Tribunal Constitucional, como punto de partida para enfocar los deberes de los poderes públicos en orden a procurar la igualdad de los ciudadanos (entre otras la Sentencia del Tribunal Constitucional 80/1988, de 28 de abril). Y, finalmente, la Ley de Competencia Desleal ya se refiere al mismo “como parte débil de las relaciones típicas de mercado”.

Y, desde luego, la protección del consumidor es un objeto de las Instituciones comunitarias, tal como se reclama en el artículo 129.A del Tratado de la Unión Europea.

Pues bien, ante determinadas conductas que afectan gravemente a “la *transparencia y corrección* de las *prácticas comerciales* tanto en sus aspectos económicos como en lo relativo a la naturaleza de los objetos sobre los que tales prácticas se realizan” (J.Terradillos), resulta precisa su incriminación para tutelar los derechos del consumidor, el interés común de los consumidores que se define como interés difuso en cuanto, además de supraindividual, tiene como titular a amplios grupos sociales que reclaman una protección específica en las relaciones económicas de intercambio. En efecto, la sanción penal de las conductas ahora tipificadas pretende garantizar y proteger unas relaciones de mercado, donde la libertad de empresa no pueda dar lugar a una competencia reñida con los objetivos sociales proclamados por la Constitución.

Con esta finalidad leyes esenciales para el funcionamiento de nuestra economía han descrito prácticas que representan, según dice la Exposición de motivos de la Ley 16/89, de 17 de julio, de defensa de la competencia –reformada por Ley 52/99, de 28 de diciembre– tanto “*el ejercicio abusivo del poder económico como aquellas conductas unilaterales que por medios desleales son capaces de falsear sensiblemente la competencia*”. Así, se describen “*acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas*”

como la concertación para impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado, especialmente, en materia de fijación de precios, la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en el mercado en la forma descritas en el artículo. 6 de la Ley y se regulan las “*concentraciones económicas*” o de empresas, ahora sujetas a un mayor control administrativo por el Real Decreto Ley 6/2000.

Ciertamente, las sanciones tienen un contenido estrictamente económico pero la actitud firme y decidida del Tribunal de Defensa de la Competencia será fundamental ya que, como dice A. Sabán, “*La lealtad en la competencia es uno de los motores del cuerpo social para reaccionar frente a propósitos corruptos*” y ante abusos económicos que ponen en peligro el orden económico constitucional.

Así lo contempla expresamente el artículo 97 del Decreto 538/1965, de 4 de marzo, que previene que en los supuestos de “*prácticas prohibidas contra la competencia*”, cuya existencia puede ser constitutiva de delito de “*alteración del precio de las cosas*”, la resolución “*decidirá pasar tanto de culpa a la jurisdicción ordinaria, a los efectos de la exigencia de la correspondiente responsabilidad criminal*”.

Igual transcendencia tiene en el control del mercado las previsiones contenidas en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. El artículo 96 ya admite la eventual concurrencia de la potestad sancionadora administrativa con la concurrencia de delitos.

Concluimos, el orden penal, por si solo, no bastará para afrontar el abuso del poder político y económico, si, como sostiene un especialista en la materia, “*la legalidad mercantil y administrativa propician o consienten determinadas prácticas corruptas*”¹².

Por ello, nuestro interés en apelar al ordenamiento administrativo y económico como condición sine qua non para la protección de intereses jurídicos y sociales que no deben esperar al control judicial en la vía contenciosa ni a la respuesta penal. La primera barrera frente a cualquier clase de abusos debe funcionar activamente.

¹² J. González. *Corrupción y justicia democrática*. Editorial Clamores.

Principio de justicia universal y Modernidad jurídica: papel de la jurisdicción penal*

Roberto BERGALLI

BASES DE LA CULTURA JURIDICA MODERNA: SUS CONNOTACIONES IDEOLOGICAS Y SU EXPANSION

Hablar de derecho moderno y de cultura jurídica moderna supone aludir a un período de la historia de Occidente que se gesta con tres tipos de procesos revolucionarios, los cuales se manifiestan en etapas sucesivas aunque, en ocasiones, en tiempos superpuestos. Uno, que comienza con la apertura de las nuevas rutas marítimas y terrestres, lo que permite hablar del inicio del comercio internacional, y el cual se encadena a los grandes descubrimientos científicos sobre el cosmos. Otro, que se vincula con el inicio del industrialismo. Y, un tercero, que se concreta con las grandes revoluciones políticas: inglesa, americana y francesa. Los profundos cambios a que da lugar en Occidente este período de la historia, transforman la vida del género humano, pues otorgan un elevado nivel de respuestas a los grandes interrogantes que acuciaban a los individuos al secularizar el conocimiento, hacer previsible el devenir, controlar los sucesos y temporalizar el poder. Modernidad es racionalidad.

Es con este último período que corresponde hablar entonces de la aparición del Estado moderno y, con él, de la utilización de un instrumento de organización social —el derecho— que resulta únicamente producido y, posteriormente aplicado, por dicho Estado. Semejante instrumento supone, particularmente en la cultura continental europea y en las áreas de su influencia, el monopolio estatal de la producción y aplicación de unas reglas que contienen los mandatos y las prohibiciones de ciertas conductas, el cual se asienta sobre un acuerdo básico de los ciudadanos y se establece con el fin principal de eliminar la venganza privada, para cuyo alcance ese Estado está legitimado en aplicar la cuota de violencia necesaria. Esta violencia se descarga con carácter punitivo cuando no se obedecen los mandatos o las prohibiciones, a consecuencia de la cual desobediencia se ponen en peligro o se atacan las necesidades e intereses sociales que así resultan exaltados a la categoría de bienes jurídicos protegidos.

* El presente ensayo ha sido preparado —en idioma italiano— especialmente para el *Festschrift* en honor del profesor Dr. h. c. *Alessandro Baratta*, amigo y compañero en tantas empresas comunes. Puesto que muchas de estas han tenido estrecha relación y profundo compromiso con la protección de los derechos humanos fundamentales, el contenido de este breve ensayo está dedicado al recuerdo de tales empresas. Mas, igualmente ha sido preparado en agradecimiento y reciprocidad por la amistad y la solidaridad que *Sandro* me ha demostrado, junto a tantos otros y otras, sobre todo provenientes del mundo cultural hispano hablante, a través del cual hemos tratado de difundir el pensamiento *barattiano*. Con mi mayor afecto entrego este texto —en castellano—, ahora a *Jueces para la Democracia. Información y debate* (Barcelona, julio de 2001).

Mas, la organización jurídica de las sociedades modernas depende de cómo los miembros de éstas se ubican o resultan ubicados en distintas posiciones, según la participación que se les asigna o conquistan en el proceso de producción de bienes y en la forma de adquisición de riqueza. Este modelo es el del capitalismo que así se instala, en sus diversas fases, a lo largo de la Modernidad. Es por estos motivos, entonces, que el derecho moderno adquirió la tarea de consolidar la división de la sociedad en clases. En consecuencia, instituciones sociales como la familia, el patrimonio, la propiedad, la transmisión hereditaria, etc., se constituyeron en los vehículos de semejante consolidación. En este sentido también los bienes jurídicos que se dicen protegidos por el derecho penal son, asimismo, las representaciones sociales de la ubicación de clase de sus poseedores.

De estas maneras el derecho moderno y, en particular, el derecho penal reflejan una forma de organización social pertinente a los intereses de quienes son poseedores de bienes.

UN PRINCIPIO INSTAURADOR DEL ESTADO-NACION Y DE SU FORMA JURIDICA

Ahora bien, para que el derecho del Estado moderno haya podido cumplir esa función organizadora de la sociedad fue imprescindible que dicho Estado se asentase sobre principios que le otorgasen la capacidad de ejercer el monopolio de creación de normas jurídicas, circunscripto a los límites territoriales. Uno de esos principios, el fundamental, es el de soberanía el cual ha tenido una larga historia en la tradición filosófico-política de Occidente (Bartelson, 1997). Por una parte, pues ha favorecido el nacimiento de la forma Estado-nación, manifestándose con tal ropaje respecto a sus semejantes, con lo que la soberanía ha adquirido un carácter o manifestación *externa*. Por otra parte, porque, como he dicho, ha facilitado el reconocimiento de que es el Estado el único investido de la violencia legítima para limitar o restringir el comportamiento de sus ciudadanos; he aquí el otro carácter o manifestación del principio: la soberanía *interna*.

En la primera de esas manifestaciones y, aun cuando se haya afirmado a fines de 1980 que el concepto jurídico-político de soberanía entró en quiebra, tanto en el plano teórico, con el predominio de las teorías constitucionalistas como en el práctico, por la crisis del Estado moderno, incapaz de seguir siendo un único y autónomo centro de poder, el sujeto exclusivo de la política, el solo protagonista en la arena internacional (Matteucci, 1990: 1086), lo cierto es que la soberanía no ha dejado de manifestarse de modo agresivo produciendo más de un

conflicto bélico, en particular en esta última década del siglo. En este sentido, habría que tener siempre presente la ya clásica afirmación de Kelsen (1920): "el concepto de soberanía debe ser superado. Este es el gran cambio cultural que necesitamos". Es verdad que esta opinión fue pronunciada después de la gran guerra, no obstante ha estado adquiriendo en las últimas décadas, como he dicho, una fuerza incontenible si lo que se analiza es el patético saldo de las incontables guerras que aún bajo el disfraz de "injerencia humanitaria" han sido producidas por aquellas potencias que, de manera "soberana", han actuado respecto de otros países cuyas soberanías han sido allanadas ante la supuesta pérdida de ejercicio legítimo de la misma. Aquí, en este punto, tiene mucho que decir un derecho internacional surgido al amparo de las grandes organizaciones de los Estados (ONU, OEA, UE, UEA, etc.), el cual, por neonato, todavía no logra imponer el sentido de la convivencia; tomar, por caso, el Tribunal Penal Internacional cuya gestación se aceptó por un Tratado en Roma, en julio de 1998, pero que por la falta de adhesión de algunas grandes potencias, su nacimiento se ha visto interrumpido.

Pero, en la segunda de las manifestaciones del principio de soberanía —la *interna*— aparece mucho más exaltada la relación entre violencia y soberanía. Se trata, nada menos, que de encauzar el problema hobbesiano del orden interno al Estado y en ello tiene mucho que ver todo lo relativo a la vida cotidiana, en lo que atañe a los individuos en general, al individuo en particular, a su propio cuerpo (Bataille, 1993). En consecuencia, establecer los vínculos, las diferencias, las resistencias, el juego mimético que tiene lugar entre soberanía y violencia constituye un terreno de análisis muy atractivo en el que se entrecruzan puntos de vista antropológicos, con otros de sociología y filosofía política (Resta, 1996).

Las breves consideraciones hechas sobre la soberanía han tenido por objeto contrastar este principio con los efectos que sobre él produce el fenómeno de la *globalización*, en particular con aquellos que revelan la pérdida de capacidad estatal o su inconsistencia en el campo de producción y aplicación del derecho. Yo pienso que este tipo de situaciones proporcionan datos con los cuales puede ya hablarse de una pérdida de vigencia de la Modernidad en el ámbito de lo jurídico. A ello me he referido como la expresión de una cultura jurídica posmoderna o de Modernidad tardía (Bergalli, 1999b: 311-315).

Mas, así como la *globalización* produce efectos decisivos y pulverizadores de esta soberanía, tan arraigada como principio instaurador de las formas de organización social y política de la Modernidad, por consecuencia directa los produce también sobre la forma jurídica de este período. En efecto, el proceso regularizador implantado por el derecho moderno está siendo rápida e implacablemente desplazado por factores de carácter nacional como transnacional, tanto a causa de las diversas y variadas maneras con que el capital interviene en estos dos niveles, cuanto por la generación de lo que ha

sido denominado como "la riqueza globalizada y la pobreza localizada" (Bauman, 1997: 322-331; 1998: 18-26).

Es verdaderamente sugestivo el panorama que se plantea cuando se analiza lo que ha sido denominado como la "transnacionalización del campo jurídico" (de Sousa Santos, 1998: 69-260). Las sucesivas transposiciones y traslaciones que se verifican en el ámbito de relaciones entre el Estado y el mercado, por ejemplo, genera consecuencias imprevisibles en lo que atañe a las propias de la democracia y la cohesión social. A su vez, la ley propia del capital global, o lo que se denomina como *Lex Mercatoria* transforma el concepto de sistema mundial y repercute sobre las culturas jurídicas. Pero, lo más trascendente y decisivo de esta articulación de fenómenos es lo que acontece en el terreno de lo que se ha llamado como "el derecho de la gente en movimiento", a causa de las migraciones internacionales, los flujos de tales migraciones y los derechos de los migrantes; la aparición de situaciones tan flagrantes respecto de los refugiados y desplazados embiste de lleno el concepto central de "ciudadanía". No obstante, asimismo, es posible constatar nuevas situaciones en el terreno de la *recuperación* de las raíces históricas y culturales de los pueblos indígenas, lo cual provoca los reclamos por el reconocimiento de la "autodeterminación" de ciertos pueblos, en detrimento de un concepto de Estado etnocéntrico o etnocrático. Finalmente, el tema de los derechos humanos resurge con una fuerza incontenible como para poner en máxima tensión, otra vez más, el principio de la soberanía nacional.

De estos modos, entonces, se hace plausible la pregunta acerca de si la diáspora jurídica internacional a la que obliga la *globalización* es posible que se transforme en una ecúmene jurídica que aliente los procesos emancipadores (Sousa Santos, *op cit.*: 261-268). La pregunta queda justificada ante las irracionalidades y atrocidades a las que la humanidad se ve arrastrada y respecto de las cuales, por más denodados esfuerzos que ponga en práctica una parte reducida pero muy lúcida de la cultura jurídica contemporánea, no es posible limitar o controlar mediante los recursos que facilita el empleo del derecho circunscripto a los parámetros de producción y aplicación normativa fijados por la Modernidad. En estos sentidos, tal como en los años de 1960 la sociología fue requerida de una "imaginación" que la sacara de la elevada tecnificación en la que había caído (Mills, 1959), o sea para que corrigiera las graves deformaciones en las que la había sumido el funcionalismo parsoniano en los Estados Unidos y dejara de ser la "gran teoría", el "empirismo abstracto" o el "ethos burocrático", también la cultura jurídica está convocada a producir una "imaginación" que le permita comprender que los fenómenos que debe regular el derecho en la era de la globalización no pueden ser controlados con los instrumentos, los principios y las categorías creados por y para el Estado-nación y para la sociedad del capitalismo liberal. En esta perspectiva quizá lo que se deba proponer es el retorno o, mejor, la búsqueda o la refundación de un nuevo ilumi-

nismo penal, tal como respecto a las bases garantistas del derecho penal ha sido propuesto en uno de los más lúcidos análisis de fin de siglo (Ferrajoli, 1989: XXVII-XVIII).

EL PAPEL QUE CUMPLE Y SE LE REQUIERE A LA JURISDICCION PENAL

De todos los principios que la cultura jurídico-penal ha dejado arraigados a lo largo de la Modernidad, es sin duda el de la jurisdicción y, en particular, la jurisdicción penal como institución propia de dicha cultura jurídica moderna, la que está facilitando un terreno de comprobación acerca de la viabilidad de esa propuesta ecuménica o de la requerida como nueva imaginación. En efecto, el marco de aplicación del derecho penal, guiado por principios tan arraigados como el de legalidad, el de la jurisdicción territorial y el del juez natural, está bastante cuestionado en la actualidad por virtud de la revitalización de otro principio, cuya concreción había quedado siempre postergado en el espacio de tiempo a lo largo del cual la protección de los derechos humanos estaba circunscripto al empleo del derecho estatal. Estoy aludiendo al principio de *justicia universal* o el de *jurisdicción mundial*, como es denominado en alemán (*Weltrechtsprinzip*) el que, en la actualidad, está guiando la tarea que se lleva a cabo en favor de alcanzar un esclarecimiento y una responsabilización de los autores intelectuales, cómplices y encubridores de las masivas violaciones de derechos humanos. La tensión que entonces se produce entre los principios enfatizados y el de justicia universal no pone en cuestión la forma-Estado de derecho, en tanto que esta expresión de lo estatal se legitima siempre más cuando entre sus objetivos se demuestra en primera línea la protección de los derechos humanos. De lo que se trata, entonces, es de intentar imponer una *globalización* de la *Rule of Law* (Sousa Santos, 1999: 51-64), para lo cual el activismo o protagonismo judicial que se está manifestando en diversas partes del mundo occidental (Italia, Francia, España, etc.) contra fenómenos como el de los delitos de lesa humanidad atribuidos a déspotas y dictadores, contribuye a demostrar que se está viviendo una época de expansión global de la jurisdicción.

Con el fin de resaltar este fenómeno, permítaseme aludir al comportamiento de las jurisdicciones penales en cuatro de los casos que, en la historia contemporánea, han servido para restituir actualidad a dicho principio de la *justicia universal*. Aludo al proceso que se llevó a cabo para obtener la comparecencia del dictador chileno Augusto Pinochet, acusado de haber dispuesto "desapariciones" de personas, torturas y otros delitos contra la dignidad y el género humanos, ante la jurisdicción de la Audiencia Nacional de España. Recuerdo, también, la especial situación de ciento setenta y ocho integrantes de las Fuerzas Armadas y de Seguridad de Argentina, reclamados por la misma jurisdicción en virtud de hechos similares, aunque superiores en número y magnitud, cometidos en perjuicio de miles

de víctimas durante el oscuro período de intervención militar en aquel país entre 1976 y 1983, aunque hechos semejantes también se llevaron a cabo en un tiempo previo al golpe de Estado de 24 de marzo del primero de los años citados. Menciono, asimismo, la sentencia de la Corte d'Assise de Roma, de 6 de diciembre de 2000, mediante la cual han sido condenados, en contumacia, a cadena perpetua (*ergastolo*) Guillermo Suárez Mason y Omar Santiago Riveros por el secuestro y homicidio de ocho ciudadanos italianos *desaparecidos* durante el régimen militar de 1976-1983, y otros cinco imputados —el prefecto naval Juan Carlos Gerardi y los suboiciales Alejandro Puertas, Julio Roberto Rossin, Omar Héctor Maldonado y Mario Marras— a veinticuatro años de cárcel. Por orden cronológico, o sea en último término, debo citar unas recientes decisiones —una, jurisdiccional y, la otra, política— mediante las cuales acaba de recibir, ahora sí, una fuerte confirmación el principio de justicia universal. En virtud de tales decisiones, la intervención jurisdiccional de terceros países en el conocimiento de hechos punibles, cometidos en territorio de otro, mientras, a la vez, la persona del acusado ha sido requerida a uno segundo, se incorpora al ámbito de dicho principio. Esta situación triangular la acaba de configurar la jurisdicción mexicana, por la decisión del juez Jesús Guadalupe Luna Altamirano el pasado 12 de enero y por la ulterior del propio Ejecutivo mexicano, al aprobar el 3 de febrero la extradición al Reino de España del ex capitán de la Marina argentina, Ricardo Miguel Cavallo. Esta decisión ha sido recurrida por la defensa del extraditabile y, con seguridad, la decisión final la deberá tomar la Corte Suprema mexicana.

Pienso que estos cuatro ejemplos, sobre los cuales no entraré en disquisiciones en esta sede y oportunidad (ya lo he hecho en reiteradas ocasiones en medio periodísticos de Europa y Argentina, aunque también en algunas sedes de carácter académico, v. por todas estas Bergalli, 1999a), constituyen de modo altamente expresivo las muestras más patentes de cuanto se le está requiriendo a la cultura jurídica y, en especial, a los portadores de la *juris dictio*. Sin embargo, aludiré a algunos aspectos de los cuatro ejemplos antes sintetizados, para insistir sobre las consecuencias que están produciendo estas afirmaciones del principio de *justicia universal* sobre la cultura jurídica moderna.

EL CASO PINOCHET Y EL DE LOS OFICIALES ARGENTINOS

Pienso que ambos casos, por distintos motivos (actuación represiva semejante y conjunta, contemporaneidad de hechos, vecindad territorial, estrategia de seguridad continental perseguida por sus responsables, desarrollo casi simultáneo de los procesos por el mismo tribunal español, etc.) permiten ser ilustrados en conjunto.

Así las cosas, fuera de las interferencias de carácter puramente político y de razones de Estado que motivaron la resolución de 3 de marzo de 2000,

tomada por el *Home Office Secretary* del Reino Unido, al decidir la suspensión del procedimiento judicial de extradición de Pinochet a España porque, según el funcionario británico, sobre la base de unos dictámenes médicos harto cuestionables, el dictador no estaba físicamente capacitado para afrontar un juicio de extradición o un proceso en el Reino Unido, el caso posee unos contenidos de enorme trascendencia para expresar el papel que la jurisdicción puede y debe asumir en el plano del derecho penal y en situaciones en las cuales la resistencia a su empleo internacional proviene de principios que son vencibles a la hora en que la averiguación de la verdad y la determinación de la responsabilidad criminal constituyen aspectos decisivos para mantener la memoria de una sociedad y así procurar el fortalecimiento de su conciencia colectiva. Finalmente, el procesamiento actual del dictador en Chile, por el juez Guzmán Tapia, constituye una decisiva demostración de ello.

De la misma manera, más allá de algunas peculiaridades que rodean el caso, por las alegaciones que ha formulado el propio Estado argentino ante el requerimiento presentado por el juez Baltasar Garzón, a cargo del Juzgado de Instrucción Nº 5 de la Audiencia Nacional madrileña, a fin de obtener la comparecencia de los oficiales procesados y requeridos, lo cierto y más concreto a los efectos que aquí deseo tratar es que, por primera vez en la historia jurídica de Occidente se ha comenzado a poner en práctica una extensión de la jurisdicción territorial o, en otras palabras, la extraterritorialidad de la jurisdicción de un concreto Estado para alcanzar el enjuiciamiento de los responsables por delitos contra la humanidad.

A fin de únicamente reseñar las resistencias formuladas contra las históricas decisiones que han servido a la construcción de una jurisdicción extraterritorial, conviene destacar aquellas más conspicuas adoptadas, por una parte, por la Audiencia Nacional española, consistentes en: a) el auto de prisión del juez Garzón de 18 de octubre de 1998 por el que se atribuía al dictador Pinochet un delito de genocidio; b) la resolución del Pleno de la Sala en lo Penal de dicha Audiencia, de 5 de noviembre de 1998, por la que se acordó que España tenía jurisdicción para enjuiciar los crímenes cometidos en Argentina y Chile, y con la que se interpretaba que el artículo 6 del Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio no excluía la existencia de jurisdicciones distintas de las del territorio del delito o de un tribunal internacional; y, c) el auto de procesamiento de Pinochet en el que quedó plasmado, de manera pormenorizada, no únicamente la actividad de “feroz represión contra la vida, seguridad y libertad de las personas y su patrimonio” en Chile (Garzón *dixit*), sino también el terrorismo extendido de forma internacional con otras dictaduras latinoamericanas (*Plan Cóndor*). Por parte de la jurisdicción británica, el caso Pinochet también dio lugar a que se manifestara esa necesidad de extensión o ampliación del ámbito de su intervención. Esto quedó patentizado el 25 de noviembre de 1998 cuando la *House of Lords*, a través del comité de

los *Law Lords*, dio la razón a la Fiscalía británica que actuaba en representación del Estado español, manifestando que Pinochet no podía acogerse a la inmunidad que la *High Court* le había reconocido el 28 de octubre anterior (*Immunity Act*). Luego, otra vez los *Law Lords*, mediante otra composición, aceptó en 24 de marzo de 1999 el recurso español contra la inmunidad, cuya retirada había sido anulada en 17 de diciembre de 1998. Sin embargo, en esa ocasión, limitó los delitos que hacían posible la extradición a algunos casos de tortura y de conspiración para torturar. Fue, finalmente, el 8 de octubre de 1999 cuando se autorizó la extradición a España del dictador.

Con este sintético relato de las decisiones queda demostrado, a mi entender, hasta qué punto una controversia sobre los principios que restringían los ámbitos tradicionales de actuación jurisdiccional puede ser soslayada cuando el interés por la protección de ciertos derechos se muestra superior a la limitada comprensión de la soberanía estatal.

LA HISTORICA SENTENCIA ITALIANA

Es cierto que esta histórica sentencia se contrapone con la decisión de la *Corte d'Appello* de Roma, la cual el 18 de septiembre de 2000 dispuso la liberación del ex mayor del Ejército Jorge Olivera, arrestado en el aeropuerto de *Fiumicino* el 8 de agosto del mismo año, según requerimiento de la magistratura francesa que pretendía procesarlo por el secuestro y homicidio de la joven francoargentina Mariana Erize, *desaparecida* en 1976. La decisión de libertad de Olivera, tomada por tres jueces suplentes por fería de sus titulares, se basó en una partida de defunción falsificada por los defensores italianos del acusado —los cuales mantienen ostensibles relaciones con elementos de reconocida pertenencia a sectores extremistas—, lo que les permitió alegar el transcurso de la prescripción de la acción penal en los delitos imputados a Olivera. De reciente, aunque tardíamente, la *Corte di Cassazione*, requerida por el *Procuratore generale* de la Corte d'appello a causa de la manifiesta sospecha sobre la decisión liberatoria, acaba de anular la decisión de libertad, mientras está pendiente una acción disciplinaria sobre los tres jueces romanos y se acaba de abrir una investigación por la responsabilidad de tan grosera maniobra.

Empero, la histórica condena de la *Corte d'Assise* respecto de los generales Suárez Mason y Riveros, y de sus subordinados, tal como fue definida por el *pubblico ministero* (fiscal) Francesco Caporale, ha podido concretarse gracias a la posibilidad que brinda el ordenamiento jurídico italiano para procesar y dictar condenas en rebeldía. Sin embargo, este proceso que se iniciara en 1983 —hace más de 17 años— pudo llegar a su fin por la insistencia del entonces presidente de la República Sandro Pertini, y por la obstinación en proseguirlo demostrada por la *Lega per i diritti dei popoli*, los abogados Gentili y Maniga, los testigos identificados en Argentina e Italia, el mismo presidente del consejo de

ministros D'Alema que finalmente aceptó que el Estado italiano se constituyese en parte civil y, sobre todo, por las indomables Madres y Abuelas, en particular por Lita Boitano y Estela Carlotto, quienes respectivamente pedían justicia por sus hijos y nietos *desaparecidos*.

LAS ÚLTIMAS Y DECISIVAS DECISIONES MEXICANAS

Quizá porque son las más recientes, pero también por sus consistencias, coherencias y trascendencias, tanto lo fallado por el juez sexto de distrito en materia de procesos penales D. Jesús Guadalupe Luna Altamirano, cuanto la decisión tomada por el Ejecutivo, a partir de la opinión manifestada por el ministro de Exteriores, D. Jorge Castañeda, por las que se aprobó la extradición del ex capitán Ricardo Miguel Cavallo (a) "Sérpico" o "Marcelo", han pasado a constituir precedentes definitivos para la extensión o ampliación de la jurisdicción penal cuando se trate de delitos de lesa humanidad. Sin embargo, aunque sea brevemente, conviene detenerse en dos aspectos que estas decisiones muestran. Uno, es el relativo a los delitos por los que el juez declaró la procedencia de la extradición y la distinta interpretación que hace el Ejecutivo en este plano. Otro, los razonamientos jurídicos sobre los que se sustentó el fallo del juez Luna Altamirano.

En efecto, la falta de coincidencia en los delitos por los cuales ambas instancias —la jurisdiccional y la política— han declarado procedente la extradición de Cavallo a España, deja al descubierto una independencia de criterios que no hace más que subrayar el histórico momento político-institucional que vive México. De tal manera el juez entiende, por su parte, que la extradición sólo puede ser concedida por los delitos de genocidio y terrorismo, excluyendo el de tortura también atribuido a Cavallo en razón de que según lo establecido en el artículo 10 del tratado de extradición firmado entre México y España habría transcurrido en exceso el término necesario para considerar prescripto el citado delito. Por la otra parte, el Ejecutivo extiende la extradición también a la tortura. Quizá aquí pueda percibirse una afirmación tajante del poder político mexicano en el sentido de querer aventar cualquier posible pretensión futura de refugio para acusados por semejante delito, habiendo sido tradicionalmente México una tierra de asilo por motivaciones políticas.

He querido resaltar, asimismo, los razonamientos jurídicos sobre los que se sustentó el fallo del juez Luna Altamirano. En efecto, no pueden menos que reconfortar los razonamientos empleados por dicho juez para argumentar su decisión, mostrando de este modo un rigor técnico-jurídico muy afinado. Yo me permito resumirlos así: primero y principal, el tratado de extradición entre México y España constituyó la base legal de tal argumentación; segundo, no sólo es necesario que los países se adhieran a las convenciones internacionales contra el genocidio, el terrorismo y la tortura, sino que es imprescindible que las legislaciones internas incluyan los

instrumentos necesarios para que se pueda perseguir, enjuiciar y condenar a quienes cometen tales hechos considerados por la legislación internacional; tercero, España tiene jurisdicción supranacional para conocer de los delitos que se le imputan a Cavallo pues, por su legislación interna, posee competencia legal para ello y es signataria de las convenciones internacionales que tipifican a esos delitos como de lesa humanidad; cuarto, la jurisdicción española es competente para conocer en los delitos atribuidos a Cavallo, pues ante ella ya existía una causa abierta al respecto; quinto, no se concede la extradición por tortura en razón de lo establecido por el tratado existente entre México y España; sexto, se abstiene de expresar si los delitos atribuidos a Cavallo o su responsabilidad criminal están acreditados, pues todo ello corresponde de manera exclusiva a la jurisdicción española; y, séptimo, establece de manera terminante la identidad del requerido Cavallo, despejando las dudas que habían sido alegadas por su defensa.

Creo que el peso de esta decisión ha robustecido la conclusión política a la que llegó el Ejecutivo mexicano. Cualquier ulterior modificación que se produzca, ante los recursos legales planteados por la defensa de Cavallo, será de muy difícil elaboración. La confirmación de las decisiones de extradición no harán más que ratificar la solidez jurídica que poseen y el sentido ético de sus mensajes.

LA JURISDICCION: SU CONCEPTO EN LA TRADICION JURIDICA ESPAÑOLA

Los principios a los que he estado haciendo alusión, sobre todo en la primera parte de esa exposición, parten de, y dejan establecido, un concepto restringido de jurisdicción, como ya lo he insinuado. Por lo demás, los estudios sobre la jurisdicción han sido siempre patrimonio de los juristas, casi con exclusividad, como no es de extrañar sobre todo en la cultura jurídica de habla hispana. Esto es así por la tradicional adhesión de esta cultura, por una parte, al conocimiento exclusivo del derecho positivo y por la ausencia casi total de vinculación, por la otra, con unas perspectivas que supongan la necesidad de analizar la convergencia de lo jurisdiccional con otros planos de las esferas políticas, económicas y culturales de las sociedades postindustriales. En este sentido, cuando se denuncia el carácter con que la cultura jurídica analiza a la jurisdicción, cabe resaltar la caída del mito del apoliticismo de la jurisdicción al ponerse al descubierto que ella puede y debe actuar, según se entienda, en función política porque, por otra parte, mantiene una íntima relación con el llamado subsistema político (Bergalli, 1997: 1190-192).

Si se analiza, en efecto, el estado de la teoría jurídica española en este campo, se podrá ratificar la opinión antes sostenida. Así es posible constatar que el tema jurisdiccional ha sido objeto de preocupación por los constitucionalistas y los administrativistas casi exclusivamente, aunque también por los procesalistas, en último término. Los

primeros, a causa de la falta de una definición constitucional de los contenidos de la jurisdicción, han optado por elaborar un concepto por vía de deducciones, aun cuando este proceder ha sido objeto de críticas por un sector de la doctrina (de Otto, 1987: 129 y 141) si el mismo se refiere a los llamados "principios constitucionales". En esa orientación, una conclusión a la que se llega — aunque no totalmente compartida— es que todo concepto de jurisdicción a elaborar debe ser absoluto y objetivo, *relegándose la relatividad al ámbito de su concreta configuración positiva, al modo de organizar su ejercicio, pero sin afectar a su contenido* (Requejo Pagés, 1989: 35). En el caso español esto se produce por que la Constitución de 1978, en su artículo 117.3¹, al ordenar el modo concreto de ejercerla, elabora su propio concepto relativo de jurisdicción, es decir, un concepto positivo de la misma. De ello se concluye que *La jurisdicción es siempre una y la misma en todo tiempo y lugar; lo único que varía es el modo positivo de configurar su ejercicio y su ámbito de actuación* (Requejo Pagés, op cit.: 38).

Sin embargo, los conceptos relativos de jurisdicción parten, en general, del principio de división de poderes (Montesquieu) el cual, como es sabido, genera no pocas confusiones a la hora de asignar la competencia por determinados actos a cada uno de los designados como "poderes". La jurisdicción, como concepto jurídico funcional, no puede ser asignado a un principio político el que, a su vez, en virtud de las múltiples reinterpretaciones de que ha sido objeto, no puede ser capaz de darle contenido a aquel concepto.

Otros conceptos tradicionales de jurisdicción, vistos desde el campo jurídico-procesal, son aquellos conocidos como el de actividad de *resolución de conflictos*, como *aplicación judicial del derecho*, y como *aplicación del derecho a través del proceso*, esta última en desarrollo del punto de vista *luhmanniano* (González Granda, 1993: 123-124, aunque con críticas de Gimeno Sendra, 1981: 37). Pero todos ellos incurrir en el vicio de querer ofrecer como definición del objeto la forma que la Constitución prescribe para dicho objeto (Requejo Pagés, op cit.: 66). Es, entonces que, con el fin de liberarse de semejante vicio, las llamadas concepciones absolutas buscan un elemento definidor de la jurisdicción. La más reconocida de todas ellas es aquella que ve en la *cosa juzgada* ese elemento definidor; es decir, que la jurisdicción consistiría en la aplicación del derecho al caso concreto, pero de modo irrevocable. Mas, después de adjudicarle a la cosa juzgada una naturaleza puramente procesal o una categoría lógico-jurídico sólo se llega a atribuirle su capacidad definitoria de lo jurisdiccional incurriendo en el mismo vicio del que se pretendía liberar a las concepciones absolutas, o sea que se acepta que la cosa juzgada dota de sentido al mandato esta-

blecido en el artículo 117.3 de la Constitución Española (Requejo Pagés, op cit.: 92).

Un mayor acercamiento a otros elementos definitorios del concepto, lo han dado los estudiosos provenientes del mismo campo jurisdiccional. En este sentido, y después de poner de manifiesto las desventajas de las teorías procesalistas pero partiendo de la esencia constitucional del concepto, se afirma que *La jurisdicción es un poder o, si se quiere, una capacidad que deriva de la soberanía del Estado y que tiene virtualidad para imponer lo que constituye su ejercicio: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, aunque sea contra la oposición de los afectados* (Movilla Alvarez, 1986: 157).

Sin embargo, la jurisdicción está ejercida por jueces y magistrados judiciales², en otras —como la de Italia—, también por los fiscales o representantes del Ministerio público. Todos estos actores están viviendo en España distintos procesos mediante los cuales están tomando cuerpo auténticas ideologías judiciales. La mayor presencia de estos actores en sucesos de la vida pública ponen asimismo de manifiesto que se encuentra en construcción una cierta cultura de la jurisdicción, en la medida que esos jueces, magistrados y fiscales revelan actitudes colectivas e individuales y las transmiten, asimismo, por medio de las asociaciones que integran. Todo ello es receptado e interpretado por la sociedad española mediante la elaboración de determinadas imágenes sociales, aunque estas imágenes son igualmente autoconstruidas de manera endógena por la propia clase judicial. Este tipo de procesos ha acontecido en otros ámbitos culturales —como en Italia—, en los que la democracia como sistema político y como estilo de vida social tiene un mayor arraigo histórico, nacido en la lucha por la conquista de las instituciones.

La jurisdicción, por lo tanto, se ha demostrado y se está demostrando como un objeto de conocimiento todavía más complejo como puede ser concebido y expuesto desde un punto de vista estrictamente jurídico. Mi opinión es que, para que este punto de vista pueda ser articulado e integrado en una visión en la cual converjan los aspectos que, en la actualidad, están otorgando a la actividad jurisdiccional una relevancia en el campo internacional, pero que a la vez le están señalando un papel decisivo en los ámbitos estatales —en particular, con la investigación sobre la corrupción de las clases políticas y de sus eventuales relaciones de éstas con las clases empresariales e, igualmente, en ocasiones, con el crimen organizado—, es imprescindible que el concepto se abra para acoger a los fenómenos que se manifiestan en las relaciones internacionales, en la vida económica, en la vida moral, en la vida social, en la vida privada; todos ellos, afectados por la *globalización*.

A la vista de lo que la doctrina tiene expresado en España, en la línea de una orientación positivista marcada por autores alemanes como Hans Kelsen

¹ Artículo 117.3 Constitución Española de 1978. *El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*

² Artículo 173.1 Constitución Española de 1978. *La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.*

y Adolf Merkl, hay que aceptar la dificultad que emerge cuando los conceptos jurídicos de jurisdicción se pretenden hacer valer en un mundo que se globaliza y, en el cual, los fenómenos de transfronterización ponen al rojo vivo el sustento de soberanía sobre el que descansa cualquier orientación positi-
vista.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Bartelson, J. 1997. *A Genealogy of Sovereignty*. Cambridge (UK)-New York-Melbourne: Cambridge University Press (Cambridge Studies in International Relations: 39).
- Bataille, G. 1996. *Lo que entiendo por soberanía*. Barcelona: Paidós.
- Baumann, Z. 1997. *Schache Staaten. Globalisierung und die Spaltung der Weltgesellschaft*. U Beck (Hrsg.) *Kinder der Freiheit*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Baumann, Z. 1998. *Globalization. The Human Consequences*. Cambridge UK: Polity Press.
- Bergalli, R. 1997. Jueces y juristas en la interpretación del derecho: la hermenéutica jurídica de la Modernidad. R. Bergalli y D. Melossi (eds.). *Derécho entre Economía, Política y Cultura*. Oñati: Oñati Papers 1-The International Institute for the Sociology of Law.
- Bergalli, R. 1999a. Strafflosigkeit und Drittländer oder der Beginn der juristischen Postmoderne (am Beispiel der Fälle Chile und Argentinien). A. Eser-J. Arnold (Hrsg.) *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht (Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse)*. Internationales Kolloquium 3.-5. Juni 1999-Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Freiburg im Breisgau. Beiträge und Materialien asu dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg (Hrsg. A. Eser). Band 82.1: 355-403.
- Bergalli, R. 1999b. *Hacia una cultura de la jurisdicción. Ideologías de jueces y fiscales* (Argentina-Colombia-España-Italia). Buenos Aires: Ad Hoc.
- Ferrajoli, L. 1989. *Diritto e Ragione. Teoría del garantismo penal* (prefazione N. Bobbio). Bari-Roma: Laterza; hay versión en castellano (trad P. Andrés Ibáñez et alii). Madrid. Trotta, 1995.
- Gimeno Sendra, V. 1981. *Fundamentos de Derecho Procesal*. Madrid: Civitas.
- González Granda, P. 1993. *Independencia del juez y control de su actividad* Valencia: Tirant lo Blanch (Tirant Monografías, 15).
- Kelsen, H. 1920. *Das Problem der Souveranität*. Tübingen: Mohr.
- Matteucci, N. 1990. *Sovranità*. N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino *Dizionario di Politica* Torino: TEA-UTET (1ª ed. 1983), 1079-1088.
- Mills, Ch.-W 1959. *The Sociological Imagination* New York: The Oxford University Press; hay versión en castellano (trad. F.M. Tomer, prologo G. Germani). *La imaginación sociológica*. México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1961.
- Movilla Alvarez, C. 1986. Unidad y exclusividad de la jurisdicción. P. Andrés Ibáñez y C. Movilla Alvarez *El Poder Judicial*. Madrid. Tecnos-Temas Claves de la Constitución Española, 151-197.
- Otto, I de. 1981. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Bosch.
- Requejo Pagés, J. L. 1989 *Jurisdicción e independencia judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Resta, E. 1996. "La violencia 'soberana'". R. Bergalli y E. Resta (compiladoras). *Soberanía: un principio que se derrumba (Aspectos metodológicos y jurídico-políticos)*. Barcelona: Paidós, 14-32.
- Sousa Santos, B. de 1998. *La globalización del derecho* (trad. C. Rodríguez). Universidad Nacional de Colombia (Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales)-ILSA.
- Sousa Santos, B. de 1999. *The Gatt of Law and Democracy: (Mis)Trusting the Global Reform of Courts*. J. Feest (editor) *Globalization and Legal Cultures*. Oñati Summer Course 1997. Oñati Papers 7. Publication of the International Institute for the Sociology of Law, 49-86.

NO HAY DERECHO.

A que la dignidad del hombre y sus ideales de paz, libertad y justicia social sean avasallados en ningún lugar del mundo.

Si crees en los Derechos Humanos, lucha por ellos.

Nombre: _____

Dirección: _____

Ciudad: _____

C. Postal: _____

Solicita información a la
Asociación Pro Derechos Humanos de España
José Ortega y Gasset, 77, 2ª - 28006 Madrid.



Las instituciones jurídicas de la globalización*

Maria Rosaria FERRESE

1. GLOBALIZACIÓN Y POLICENTRISMO DE LOS PODERES

¿Cómo definir la globalización? Es necesario partir de una definición lo bastante afinada como para que permita captar las variaciones que interesan a la esfera del poder, entendida en su complejidad, por tanto, no sólo como conjunto de estructuras formales y de aparatos tradicionales de configuración esencialmente estatal. Observar como la estructura del poder está evolucionando, cambiando su tradicional fisonomía, constituye hoy un objeto de análisis sumamente interesante y que depara no pocas sorpresas. A partir de la definición de S. Strange, que entiende la globalización como un proceso de desplazamiento de los estados a los mercados de poderes cada vez más consistentes¹, aparece una amplia serie de transformaciones que tienen que ver, al menos, con tres aspectos: a) los nuevos sujetos y las nuevas tipologías de poder que comparecen en la escena transnacional; b) el modo en que tales poderes se sitúan en relación con los estados y el nuevo papel que de ello se deriva para éstos; c) la configuración que, en su conjunto, asumen tales poderes.

El universo de la globalización es un universo muy poblado, lleno de sujetos diversos, que progresivamente van ocupando un lugar junto a los estados. Los nuevos sujetos de poder son múltiples y de diversa naturaleza, sujetos privados, además de los públicos, sujetos informales, junto a los formales, sujetos supranacionales, aparte de los sujetos infranacionales, sujetos económicos y sujetos *non profit*, sujetos con vocación local y sujetos con vocación global, así como variadas formas de fusión que pueden darse entre todas estas categorías antitéticas. Grandes empresas transnacionales y *law firms*, organismos supranacionales y sujetos regionales, *non-governmental organizations* y *big five* de la revisión contable de las empresas diseñan un universo de poderes móvil y en constante y recíproco reajuste².

Las presencias más llamativas son las de las *big transnational corporations*, verdaderos colosos económicos, que en una receta afortunada, unen al

enorme poder de transferir flujos de riqueza actual y potencial, la exención de la dependencia territorial de un estado: gracias a su propia posición de sujetos transnacionales, tienen una identidad territorial mudable y móvil. Están por eso, a menudo, en situación de contratar las condiciones de su mismo emplazamiento territorial, con todos los anexos, en términos de posibilidad de ocupación y de desplazamiento de los recursos, con estados constreñidos a descender del pedestal de sujetos con el monopolio del control del territorio, para asumir la condición mucho más humilde de sujetos que "ofrecen", en competencia con otros, apetecibles condiciones logísticas, normativas, institucionales, fiscales, de orden público, etc³.

Resulta, así, evidente como de un cambio de naturaleza espacial, producto de una economía en continua transformación y de la tecnología que alimenta continuamente su desarrollo, se deriva un cambio en términos de relaciones de poder entre política y economía. Un cambio que no se limita sólo a huir de la geografía de las relaciones institucionales existentes, sino que coloca a la economía en una posición de (al menos relativa) independencia respecto de los estados. Pero también en la esfera de los poderes públicos se nota una presencia cada vez más embarazosa. También los organismos supranacionales, de los que la Unión Europea es la expresión más importante, aun teniendo origen en un acuerdo de derecho internacional, manifiestan la propensión a trascender esta dimensión y los típicos límites que se derivan de ella, para asumir una configuración transnacional, capaz de imponerse a los estados.

La globalización no procede a través de claras formas de *tradição* del poder de las manos de algunos sujetos a las de otros, sino sobre todo situando junto a las formas tradicionales nuevos sujetos y mecanismos que contribuyen a erosionarlos y, acaso, a vaciarlos de sustancia. El desafío que estos nuevos sujetos lanzan a los estados es, pues, un desafío en términos de competencia, que les pone en condiciones de erosionar parcelas más o menos importantes de su tradicional poder, por ejemplo, en términos normativos, fiscales, jurisdiccionales, de control monetario, o incluso de control del territorio.

* Publicado en "Ragion Pratica", nº 16 (2001) Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez.

¹ S. Strange, *Chi governa l'economia mondiale?*, Il Mulino, Bologna, 1998, pág. 57

² Un cuidadoso examen de este variado conjunto de sujetos, considerados como potenciales sujetos institucionales o como "instituciones de hecho", puede verse en mi libro *Le istituzioni della globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2000.

³ El del estado de Delaware puede ser considerado el caso límite, pues ha conseguido atraer el mayor número de *corporations* americanas, gracias a una hábil mezcla de ventajas fiscales y de otras apetecibles soluciones institucionales, realizando lo que los americanos llaman *the race of the bottom*.

Hasta sobre el "uso legítimo del ejercicio de la fuerza", entendido como monopolio estatal, se concentran cada vez más nubes, a medida que algunos poderes locales parecen volver a hacer propias funciones de orden público, o que particulares y grandes empresas asumen tareas de autotutela, en función no sólo de un plus de seguridad, sino también de una mayor adhesión del servicio a específicas necesidades y peculiares exigencias⁴.

Así, pues, el estado se acaba como sujeto habilitado para el ejercicio de poderes mantenidos en régimen de monopolio y entra, aunque sea como sujeto privilegiado, en una compleja interacción de poderes, en una red donde concurre con múltiples sujetos de diversas especies. Esto significa, además, que los estados han dejado de ser controladores absolutos de sus propios confines: mientras el poder estatal permanece recluido en su ámbito territorial, encerrado dentro de límites bien definidos, los sujetos con vocación transnacional (junto a las grandes empresas, los organismos supranacionales, las *law firms*, las ONG, etc.) encuentran en la no pertenencia territorial una oportunidad de desarrollar mejor las propias potencialidades y de poner en jaque una geografía de poderes que parecía haber encontrado su referencia definitiva en los estados.

Por otra parte, la superación del estado como sujeto exclusivo de la esfera de los poderes públicos, no se agota sólo en una disminución cuantitativa de su poder, sino también en una significativa transformación de las dinámicas de poder: en otros términos, se asiste no sólo a la aparición de nuevos sujetos, sino también al delinarse de nuevas expresiones de poder, así como de nuevos vínculos y nexos de legitimación que se instauran entre los que tienen el poder y los destinatarios del mismo⁵.

¿Qué configuración asume la nueva geografía de los poderes? Como permite ver el cuadro que en síntesis he delineado, es difícil, si no imposible, pensar en una estructuración estable de estos poderes y tanto menos se puede pensar en un encuadramiento de tipo jerárquico. Las diversas expresiones de poder se sitúan unas junto a otras en un cuadro que se caracteriza más por el desorden y la inestabilidad que por la estabilidad y por el orden. En la literatura se usan diversas metáforas para hacer referencia a esta variable y compleja geografía de poderes viejos y nuevos. Dos de ellas son particularmente expresivas: la de la "constelación" de poderes, usada por Habermas⁶, y la metáfora de las "redes" usada por Ost y Kerchove⁷. Ambas metáforas tratan de dar cuenta de una multiplicación de presencias pero también de una forma de aproximación que no se presta a ser

catalogada en relaciones estables o formales. Lo que aparece en ambas imágenes es la posibilidad de recíprocas interacciones que sin embargo no tienen un claro curso de desarrollo y pueden moverse en direcciones opuestas.

En un sentido más general, esto significa el tránsito no sólo de una estructura monocéntrica a otra policéntrica de poderes, sino además de una estructura cerrada de poderes a otra abierta, en la que siempre es posible el ingreso de nuevos sujetos, más allá de su legitimación de tipo formal, con tal de que sean capaces de conquistar un papel, imponiéndose en el escenario transnacional, según una dinámica de tipo casi empresarial. En suma, lo que está en vigor es una situación de continua competencia entre poderes. Que el poder, incluido el público, se vea desafiado por dinámicas de tipo concurrencial, y haya dejado de discurrir sólo por las vías de las atribuciones formales y de *status* no es un cambio de poca consideración. Estamos en un escenario lleno de nuevas aperturas y posibilidades, pero también de sombras y riesgos.

2. GLOBALIZACIÓN Y SOLUCIONES INSTITUCIONALES VARIABLES

Lo sucintamente expuesto nos introduce en un segundo importante cambio inducido por la globalización, o sea en la transformación del modo de ser de las instituciones. De alguna forma, el concepto mismo de institución tenía que ver con la idea de una cierta persistencia y estabilidad. A título meramente ejemplificativo, vale la pena considerar la siguiente definición del concepto sociológico de institución: "el concepto de institución se refiere únicamente a aquellas formas y condiciones del actuar en varios contextos que caracterizan *de manera estable* las actividades del grupo [...]. La institución, en otros términos, es *el modo en que deben hacerse determinadas cosas*"⁸. Como resulta de tal definición, dos aspectos contribuyen a hacer que se atribuya a un cierto orden organizativo una valencia de tipo institucional: en primer lugar, la posición de estabilidad adquirida por el mismo; en segundo término, el carácter normativo que se le reconoce.

En relación con los dos aspectos apuntados, surge enseguida una sensible diferencia de las instituciones de la globalización, sean jurídicas, políticas, económicas, etc. En efecto, éstas se perfilan inmediatamente como instituciones diversas de las tradicionales, ya porque tengan una configuración menos rígida y predeterminada, o bien porque sean instituciones con una tasa muy baja de normatividad.

Los dos cambios a que se ha aludido guardan coherencia con un proceso de progresiva pérdida de valor de los modelos rígidos y predeterminados. Hay al menos dos razones en la base de este cambio de actitud hacia los modelos, dos razones de las que, en sentido amplio, cabe decir que una es de carácter ideológico y la otra de carácter económico. Vamos a examinarlas.

⁴ Como se sabe, en las ciudades americanas, por tradición "republicana", ha habido siempre una participación de los particulares en la producción del bien "seguridad". Basta pensar que la Columbia University, situada en las proximidades del Harlem, uno de los barrios más criminógenos de Nueva York ha contribuido, con sus servicios de *patrolling*, a mejorar las condiciones de la zona fronteriza e incluso de todo el barrio.

⁵ Al respecto, remito a mi artículo *I sovraní paradossali della globalizzazione*, en "Alternative", n° 1, 2001.

⁶ J. Habermas, *La costellazione post-nazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1999.

⁷ F. Ost, M. Van der Kerchove, *De la pyramide au ressau? Vers un nouveau mode de production du droit?* en "Revue interdisciplinaire d'études juridiques", n° 44/2000.

⁸ Cfr. La voz *Istituzione*, "Enciclopedia di Sociologia Feltrinelli Fisher", Milano, 1964, pag. 189.

... que conocen nuestras Bases de
Legislativas ya lo sabían,
ahora, **AENOR** lo certifica



Bases de Datos del BOE... ... con todo el Derecho



 en CD-ROM

IBERLEX: Legislación nacional y europea
IBERLEX-UE: Legislación de la Unión Europea
MAP-LEXTER: Legislación autonómica
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL



... los excepcionales para el 20...

 en INTERNET

 Bonos pre-pago desde 30
 Tarifa plana anual
(sin límite de consulta)

Legislación nacional y europea
UE: Legislación de la Unión Europea
Colección histórica del Diario Oficial desde 1914
Sección III del BOE: Otras disposiciones
Sección II del BOE: Autoridades y personal
Sección V del BOE: Anuncios y subastas

LA LIBRERÍA
Trafalgar
28010 MADRID
902 365 365
<http://www.libreria.com>
<http://libreria.com>

 BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO
MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA



Nuestras sociedades "posmodernas" están siendo recorridas por una ideología posibilista y libertaria, que acepta cada vez menos la predeterminación de las diversas posibilidades de vida y de subjetividad en un orden demasiado cohesinado y predispuesto. La rigidez de las instituciones se percibe como una mortificación, cuando no como una constricción, de las otras múltiples posibilidades existentes, o de las infinitas opciones que pueden expresar los sujetos. Por ejemplo, el matrimonio, entendido como institución rígidamente heterosexual, o necesariamente formal, tiende cada vez más a ser considerado como una injusta restricción de otras posibilidades reputadas igualmente merecedoras de reconocimiento. Lo que significa que la envoltura institucional, llamada a contener un número cada vez mayor de soluciones posibles, pone a prueba toda su elasticidad, haciéndose cada vez más sutil, hasta reducirse a la sombra de sí misma, con inevitable pérdida de valor normativo. En suma, las instituciones se hacen cada vez más "fácticas"⁹, o sea, en vez de ser modelos para imponer un orden al curso de los acontecimientos, resultan ellas mismas, a su vez, plasmadas en función de un cierto curso de hechos. Este cambio es reflejo también de otro sensible en la relación entre instituciones y sanciones, sociales, jurídicas, etc. Al caracterizarse las instituciones por un bajo índice de normatividad, cada vez se dan menos hipótesis de conflicto con el modelo institucional y por tanto susceptibles de incurrir en sanción. De este modo resulta un curso institucional en el que cada vez menos las instituciones resultan protegidas por sanciones y, al mismo tiempo, cada vez más, la ausencia de sanciones refuerza la legitimidad de los nuevos perfiles institucionales.

Hasta este momento se ha hablado de flexibilidad institucional como producto de una difusa propensión social a no querer relegar en la sombra algunas soluciones institucionales. Si la flexibilidad institucional se puede adscribir a un intento de libertad, que no quiere encontrar en las instituciones un frente demasiado rígido de contención de las posibilidades, hay una segunda razón que impulsa a las instituciones a optar por un funcionamiento móvil, adaptable a diversos contextos: una razón de carácter económico, por decirlo de alguna forma. En efecto, la construcción de las instituciones sobre módulos elásticos permite determinar específicos equilibrios institucionales en función de los costes y de las ventajas que comporta cada solución. A este propósito, el ejemplo más significativo es el que se percibe detrás del principio llamado de subsidiariedad, o sea, un modelo institucional móvil, capaz de registrar diversas posibilidades y modalidades de encuentro entre público y privado, así como entre gobierno local y gobierno nacional. La subsidiariedad es la negación de un modelo único y predeterminado: es, por el contrario, un principio que funciona como repertorio de soluciones variables, a tenor del estado de lo que se sabe en un determinado contexto y en un cierto momento. ¿En función de

qué se produce la elección de una solución institucional con preferencia a otra? Esencialmente esto tiene lugar conforme a valoraciones de oportunidad y conveniencia, es decir, de naturaleza económica, pues parecerá preferible aquel punto de equilibrio que promete mayores ventajas a cambio de menores costes. Por ejemplo, es inútil forzar un nivel de gobierno local allí donde las estructuras no estén prontas para ejercitarlo: mejor dejar que el nivel del gobierno se ajuste como un termómetro, hasta donde la temperatura de un determinado cuerpo social permita llegar. Las soluciones que emerjan serán económicamente satisfactorias porque harán posible el mejor resultado de gobierno con el menor coste posible.

Así, pues, las instituciones se hacen pragmáticas, es decir, capaces de proceder *by trial and error*, ajustando progresivamente su propio perfil a las situaciones que se presenten. El pragmatismo, corriente filosófica nacida en los Estados Unidos en la segunda mitad del siglo XIX, expresaba una vocación por el experimentalismo a través del principio del *learning by doing*, que interpretaba el nexo entre acción y conocimiento como una relación de tipo contextual, apartándose de la idea de que la acción deba seguir principios y doctrinas predeterminadas. Por lo demás, el experimentalismo consiste en adoptar estrategias de cálculo que permiten comparar costes y beneficios de singulares opciones de acción. Si las instituciones son pragmáticas, esto quiere decir que están montadas de modo que sean capaces de contener diversas posibilidades de funcionamiento y de ajuste, según cálculos de conveniencia y de oportunidad que se realizarán cada cierto tiempo, en función de condiciones específicas, así como de los fines perseguidos.

3. LAS INSTITUCIONES JURIDICAS DE LA GLOBALIZACION

Las dinámicas institucionales que se han delineado valen también para las instituciones jurídicas, que recorren un camino del todo coherente con las tendencias descritas. La caída de normatividad está aquí bien expresada en especial por el declinar de la ley, en una época expresión jurídica por excelencia de nuestra tradición jurídica europeo-continental. Hoy la modalidad legislativa, no obstante los persistentes fastos cualitativos, va hacia una segura pérdida de calidad. En efecto, cada vez más se ve obligada a renunciar a su originario fundamento decisionista y a aceptar la contaminación con las nuevas formas jurídicas *soft*, "dúctiles", "fluidas", etc. Esta contaminación se muestra inevitable sobre todo en el espacio internacional, donde la ley debe encontrar una multiplicidad de culturas, tradiciones e inclinaciones: en ese ámbito, la ley, para desarrollar mejor valores de tipo comunicativo, tiene que dejar de lado otros de carácter preceptivo¹⁰. Piénsese en como Europa está recorrida por mensajes ju-

⁹ Remito a *Le istituzioni della globalizzazione*, ya citado, pags 110 y ss.

¹⁰ Acerca de esta acentuación de la función comunicativa del derecho global remito a mi obra *Le istituzioni della globalizzazione*, ya citada.

rídicos que constituyen imitaciones del lenguaje legislativo (directivas, recomendaciones, etc.), del que pierden aquella rigidez que era su carácter más típico. De otra parte, el declive cualitativo de la ley es advertible en los mismos fastos cuantitativos, que ven la ley a menudo relegada al área penal, donde, por lo demás, gracias al instrumento accesorio de las sanciones que le es inherente, aquélla espera recuperar el carácter normativo que ya no consigue tener. Quizá también a esta tendencia del lenguaje legislativo a refugiarse en el área penal, para reaccionar a una debilidad cada vez más evidente, se debe cierta tendencia del legislador, no sólo, pero sobre todo italiano, a la pan-penalización, como remedio a su propio declive.

Ante este declinar de la ley, otras instituciones jurídicas se manifiestan prontas a asumir la exigencia de flexibilidad que es propia de la globalización y a hacer de arquitecturas de la incipiente cultura jurídica de la globalización. En particular, tres instituciones jurídicas parecen ser las candidatas a desempeñar este papel de forma cada vez más penetrante: el derecho contractual, el derecho constitucional, el derecho jurisprudencial. Pasaremos revista de forma sintética a estos tres nuevos protagonistas del mundo jurídico globalizado.

a) El contrato aparece enseguida, en cuanto institución jurídica, como la más idónea para hacerse eco de la necesidad de flexibilidad que es propia del mundo globalizado. Y es que, en efecto, tiene virtudes que son las más adecuadas a las exigencias del mundo global. Sobre todo, está en condiciones de asumir múltiples variantes, típicas y atípicas¹¹. En especial, el instrumento del contrato llamado atípico se revela como una fuente inagotable de siempre nueva vestidura jurídica para las infinitas y permanentemente cambiantes necesidades del mercado. Las grandes *law firms* transnacionales, por ejemplo, tienen un estilo de trabajo eminentemente creativo más que exegético: su función no es tanto la de intérpretes de un derecho considerado como definitivo e inmutable, como la de contribuir a una constante adaptación de los instrumentos jurídicos a las posibilidades y a las necesidades de intercambio. Esto significa que tanto pueden crear nuevas formas jurídicas para transacciones y cambios inventados por el mercado, como contribuir a diseñar nuevas posibilidades de cambio, sugiriéndolas y proponiéndolas al mercado. Trabajando no sólo para las empresas, sino también en estrecho contacto con la vida de las empresas, pueden funcionar bien como transformadoras de dinámicas económicas en dinámicas jurídicas, o como transformadoras de esquemas jurídicos en dinámicas económicas.

Otra gran virtud del contrato está en su capacidad de colocarse como institución-puente, por decirlo de algún modo, es decir, como institución que puede

desempeñar tanto finalidades de derecho privado como finalidades de derecho público. Si el primero es un uso bien conocido y consolidado, el uso del contrato en las áreas tradicionales del derecho público, por ejemplo en el área administrativa¹², e incluso en el penal, se va afirmando progresivamente con resultados y aspectos de gran interés. Igualmente digna de ponerse de relieve es la capacidad del contrato de operar como instrumento de derecho interno y como instrumento de derecho internacional. Si en el interior de un estado el contrato es un instrumento a disposición sobre todo de los particulares, para finalidades de carácter económico, en el plano internacional, modalidades contractuales, según los casos definibles como acuerdos, tratados, pactos, son igualmente utilizables por otro tipo de sujetos. Tales "contratos" pueden ser concertados no sólo entre estados diversos, sino también entre estados y otros muchos sujetos, tanto públicos como privados, para poner a punto y hacer vinculantes relaciones económicas o de otra naturaleza.

En suma, el contrato parece ser el instrumento más manejable a disposición de los entes públicos y de los particulares, que quieran establecer puntos firmes en un mundo que se muestra privado de líneas-guía y de modelos. En efecto, valiéndose del lenguaje del acuerdo y del cambio, más que de la obligación y la sanción, permite perseguir las finalidades más diversas, de beneficio económico, o de carácter ideal, e incluso inéditos cruces de estos dos aspectos. Pues, con el contrato los sujetos se ponen de acuerdo sobre el cambio, pero no sobre los fines de éste, que pueden ser no sólo diversos sino incluso éticamente incompatibles¹³.

b) También el lenguaje constitucional está destinado a despertar en estos tiempos de globalización: lo demuestran no sólo el caso de la Carta europea de los derechos sino, además, los casos en que, como acaba de decirse a propósito de los contratos, se construyen también por vía contractual, es decir, a través de tratados, convenciones y acuerdos internacionales o supranacionales, nuevas vías o vínculos de tipo constitucional¹⁴. En tal sentido es oportuno hablar, más que de un despertar del derecho internacional, entendido en sentido tradicional, de nuevos procesos de constitucionalización. Estos, si bien pueden aparecer como una continuación de la empresa de redacción de las constituciones, que

¹² Véase, por ejemplo, L. Bobbio, *Produzione di politiche a mezzo di contratti nella pubblica amministrazione italiana*, en "Stato e mercato", nº 58, abril de 2000.

¹³ Piénsese en el caso difundido por la prensa, de un señor que decidió "adquirir" jovencísimas prostitutas vietnamitas, porque era el único modo de sustraerlas a la torpe existencia que padecían y a restituirles una vida libre y digna. A través de este "contrato" se produjo el encuentro de dos voluntades del todo incompatibles en el plano ético.

¹⁴ Puede pensarse, por ejemplo, en como el *iter* para el ingreso de nuevos países en los varios estadios del acuerdo europeo va acompañado de informaciones y verificaciones relativas a la situación constitucional de cada país solicitante. Se crea así un encuentro entre los movimientos de naturaleza económica, que generan en los países el deseo de entrar en la Unión y la exigencia de los países de ésta de hacer coincidir la ampliación del área económica con una cierta homogeneidad de naturaleza constitucional en materia de respeto de los derechos fundamentales, legalidad y principios democráticos

¹¹ Sobre la posibilidad de enriquecer y multiplicar los esquemas contractuales atípicos se basa la llamada *lex mercatoria*, es decir, el derecho producido por las *law firms*, americanas o de estilo americano, por las grandes empresas, con objeto de responder a exigencias intercambio cada vez de mayor amplitud y más inmateriales y complejas. Sobre el papel de las *law firms*, puede verse Y. Dezalay, *I mercanti del diritto*, Giuffrè, Milano, 1996.

tuvo su apogeo entre finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, desde varios puntos de vista, representan, en cambio, una sensible modificación, si es que no una verdadera y propia negación. En efecto, estos procesos no sólo amplían la empresa constitucional más allá de los confines estatales, que eran sus límites clásicos, sino que, más aún, uniendo diversos territorios nacionales, cada uno con diversa historia, tradiciones y costumbres, atenúan inevitablemente la clausura del significado de las normas constitucionales¹⁵. Dicho de otro modo, el derecho constitucional, superando los tradicionales límites estatales y nacionales, está llamado a nuevas tareas de naturaleza supranacional, que lo impulsan a convertirse, más que en un conjunto de normas y principios, en un terreno de entendimiento y de composición de tensiones y conflictos que se presentan especialmente en materia de derechos o de mercados transnacionales. Pero, en el espacio transnacional, más que de derecho constitucional y de constituciones, hay que hablar de procesos de constitucionalización. Por lo demás, estos procesos, aparte de seguir las vías trazadas por el derecho internacional, pueden recorrer también nuevos caminos, menos visibles y tradicionales¹⁶. En otros términos, es útil superar la tradicional posición de prevalente atención dirigida hacia los documentos constitucionales. En el futuro es más probable que éstos valgan sobre todo como plataformas de principios dirigidas a fines de integración que como documentos estrictamente preceptivos¹⁷.

Esta movilidad de los documentos constitucionales señala otra diferencia importante que parece destinada a marcar las vías de constitucionalización. Me refiero al papel cada vez más activo de los tribunales, nacionales e internacionales y supranacionales, en un contexto de acentuado recurso a la *litigation* en materia constitucional y de competencias cada vez menos claras y definidas. Especialmente en materia de derechos, los cruces, pero también las confrontaciones entre diversas culturas y formas de "decir" los derechos, que se dan en el mundo globalizado, encontrarán en los tribunales un terreno de continua verificación y momentos de, al menos, temporales ajustes. En suma, el derecho constitucional supranacional, más que instalarse en un equilibrio estable entre los documentos escritos y las constituciones "vivientes" o "materiales", vivirá en un constante proceso de adaptación bajo el estímulo de múltiples factores, de carácter también informal.

c) Lo señalado hasta aquí nos lleva a la tercera institución jurídica de la globalización, esto es, a los

tribunales y la producción de derecho jurisprudencial. La institución judicial vive un período de grandes posibilidades y de expansión de su papel¹⁸, no sólo dentro de los estados, sino también en el plano internacional y supranacional. Es más, como demuestra el caso del Tribunal Europeo de Justicia, es precisamente en el espacio transnacional donde ha encontrado el modo de expresar nuevas potencialidades, quizá, justamente, por el carácter menos imperativo de las referencias legislativas y textuales. La organización de formas de justicia supranacional, que afecta a la esfera civilista como a la penalista, se suma a una creciente propensión de magistrados y tribunales nacionales tanto a dialogar con tribunales y documentos jurídicos supranacionales, como a superar los tradicionales límites de competencia territorial¹⁹. Por otra parte, el derecho jurisprudencial producido tanto por los tribunales internacionales y supranacionales como por los tribunales nacionales que dialogan con ellos, se ofrece como expresión jurídica particularmente en línea con las tendencias de la globalización por varias razones que aquí sólo cabe enunciar de manera sintética. Sobre todo, la institución jurisdiccional es una institución policéntrica; no está confinada en una expresión unitaria, sino difundida en múltiples sedes. Desde tal perspectiva, se halla plenamente en sintonía con la tendencia de la globalización a no reconocerse en sedes demasiado concentradas sino, particularmente, en lugares institucionales contruidos de forma que permita dar espacio a respuestas plurales y diversificadas. En segundo término, la jurisdicción es una institución particularmente adecuada para expresar correlaciones sintéticas entre dimensiones opuestas. Por ejemplo, conecta los intereses privados, que son su motor, con las respuestas públicas, que ella produce en términos de sentencias; mantiene viva la relación entre lo particular y lo general; crea vínculos entre la dimensión local y la dimensión global (por decirlo de algún modo, está dotada de una natural "glocalidad"); en fin, consigue reelaborar la incertidumbre que es propia de toda situación conflictual, traduciéndola en resultados de certeza y de resolución del conflicto. En tercer lugar, la jurisdicción produce derecho, como dicen los americanos, por vía de incremento, es decir, de adiciones sucesivas, que son imprevisibles y no planificables. Su capacidad de producir resultados parciales, a menudo sujetos a revisiones, y que pueden ser constantemente re-ajustados y ajustados en otras sedes judiciales, es otra virtud que se adapta bien a los procesos de globalización. Estos rehúyen la tendencia a dar respuestas y resultados totalizadores y de gran estabilidad, como, por ejemplo, los productos de la legislación.

En suma, la institución judicial se presenta como una institución móvil, suficientemente adaptable a una multiplicidad de situaciones y contextos, pero al

¹⁵ Remito a mi trabajo, de mayor extensión, *Il linguaggio transnazionale dei diritti*, en curso de publicación en "Rivista di diritto costituzionale", 2001.

¹⁶ Por ejemplo, en J. O. McGinnis, M. L. Movsesia, *The World Trade Constitution*, en "Harvard Law Review", 2000, se sostiene que el papel desempeñado por la WTO consiste también en una extensión de los principios constitucionales entre los estados miembros.

¹⁷ En este sentido, los documentos constitucionales, en lugar de ser expresión de una tabla definitiva de valores que están en la base de la legitimación, ven esta función de legitimación en una permanente situación de búsqueda de equilibrio y, por consiguiente, requieren una continua puesta al día de la función de integración.

¹⁸ C. N. Tate, T. Vallinder (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, University Press, N. Y., 1995.

¹⁹ El caso que ha provocado mayor debate es el de la orden de prisión librada por el juez español Garzón contra Pinochet y el del papel desarrollado en el caso por la Cámara de los Lores inglesa.

mismo tiempo da seguridad y produce certeza y eficacia. Por todas estas razones su trasplante al espacio transnacional es menos problemático que el de la legislación, pues tiene un carácter funcional que a ésta le falta.

Resta preguntarse qué relación guarda esta nueva centralidad de las instituciones jurídicas a que se ha hecho referencia, instituciones jurídicas de la globalización, con la cultura jurídica que hemos conocido, que era de base prevalentemente iuspositivista. La retrocesión del tipo "legislación"

en beneficio de los tipos "contrato", "constituciones" y "jurisdicción" delinea una significativa transformación del paisaje jurídico de la globalización, haciéndolo no sólo más móvil y contrastado, sino también más incierto e imprevisible. El mito fundante de la legalidad resulta cada vez más desafiado por una situación de continuo e infatigable reajuste jurídico, que en ciertos aspectos no se diferencia demasiado de la "destrucción creadora" que Schumpeter evocó para la vida económica capitalista.

EDITORIAL TROTTA

Tel.: +34 91-543 90 40
E-mail: trouta@compuserve.com
<http://www.trotta.es>

JUAN TERRADILLOS (ed.)

*Protección de los intereses financieros
de la Comunidad Europea*

ASCENSIÓN CAMBRÓN (ed.)

Reproducción asistida: promesas, normas y realidad

JOSÉ EDUARDO FARIA

El Derecho en la economía globalizada

LUIGI FERRAJOLI

Los fundamentos de los derechos fundamentales
Ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello

LUIS PERAL FERNÁNDEZ

Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz

ANTONIO MADRID

La institución del voluntariado

MAURIZIO FIORAVANTI

Constitución. De la Antigüedad a nuestros días

MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO

*Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho,
el fraude de ley y la desviación de poder*

HÉCTOR SILVEIRA GORSKI (ed.)

Identidades comunitarias y democracia

CARLOS DE CABO

Sobre el concepto de ley

JACOB MUÑOZ Y JULIÁN VELARDE (ED.)

Compendio de epistemología

SIMONE WEIL

Escritos de Londres y últimas cartas

MAX HORKHEIMER

Ámbito de justicia. Teoría crítica y religión
Ed. de Juan José Sánchez

ÁNGEL GABILONDO

La vuelta del otro. Diferencia, identidad y alteridad

ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE

Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia

LUIGI FERRAJOLI

Derecho y razón. Teoría del garantismo penal
(5.ª edición aumentada)

Derechos y garantías. La ley del más débil (2.ª edición)

De la constitución normativa a la desnormativización constitucional: globalización y constitución débil

Gonzalo MAESTRO BUELGA

1. INTRODUCCION

En la década pasada, en torno a las nuevas formulaciones del debate sobre la interpretación constitucional, la doctrina tomó nota de los cambios registrados en el proceso de transformación del Estado social que habían introducido un nuevo escenario de reflexión que afectaba tanto al papel, como a los caracteres que la constitución había asumido en el Estado constitucional surgido de la II posguerra mundial.

Ciertamente, el Estado constitucional vinculado al desarrollo del Estado social dota de unas características específicas a la constitución que identifican el constitucionalismo europeo posliberal. Las notas fundamentales sobre las que se reconstruye la concepción de la Constitución son la de normatividad y la de rigidez, dentro de una reordenación del complejo normativo del ordenamiento estatal.

Frente al constitucionalismo liberal, normatividad y rigidez venían a construir un concepto fuerte de constitución acorde con una función garantista que la ahora norma fundamental debe cumplir en un "Estado social" que se define en torno a la idea de integración del conflicto. Es precisamente esta concepción de la constitución la que resulta comprometida en la transición al Estado postsocial.

El concepto de Constitución débil viene así a colocarse en el proceso de reordenación normativa que produce la transformación de la forma de Estado. La pérdida de la función garantista se corresponde al abandono de la posición del Estado en la definición de los términos del conflicto que sustentó el Estado social.

Por otro lado, globalización es un término que, aunque confuso en su significado y todo menos pacífico, simboliza el intento de legitimar un nuevo paradigma en aquello que constituía el corazón de definición del Estado social, es decir, la relación política-economía, determinada constitucionalmente e instrumentada a través de mecanismos garantistas.

Así, el punto de confluencia entre el proceso globalizador y la transformación constitucional es el fin de la forma "Estado social", marco que permite explicar ambos procesos. La globalización adquiere significación constitucional precisamente desde la perspectiva de la transición de la forma de Estado y la constitución débil interioriza en su nueva conformación, la tensión entre la nueva constitución material postsocial y la constitución formal del constitucionalismo social.

En este trabajo se pretende reflexionar sobre los medios de resolución de esta paradoja: la pervivencia formal de las constituciones del constitucionalismo social en el marco de la desaparición de la

constitución material del Estado social, así como de su significado¹.

2. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA GLOBALIZACION

El mayor problema que plantea la globalización es su propia definición, es decir, fijar el núcleo caracterizante y su alcance. Si seguimos a Boyer², la globalización se ha definido desde cuatro perspectivas y con otros tantos significados predominantes. Por una parte, como expresión de la ruptura de las relaciones económicas precedentes, sobre todo, en su dimensión transnacional. Globalización, en este aproximación, se opondría a internacionalización y evidenciaría un cambio cualitativo en el funcionamiento del sistema económico cuyo espacio es ahora el planeta. La dimensión espacial, como rasgo general, es el elemento definidor que actúa como mecanismo desterritorializador. Otra perspectiva, no muy lejana pone el acento en la transformación de los mercados, no sólo desde el punto de vista territorial, sino en los flujos de bienes y en las tendencias de los intercambios comerciales. Una tercera concepción de la globalización económica acusa más la dimensión tecnológica y organizativa de la producción y la organización empresarial. Los sujetos protagonistas de la redefinición del funcionamiento del sistema son las empresas, las empresas globales-transnacionales, que asumen el papel de polo de definición de las nuevas reglas estableciendo los parámetros de competencia. Este nuevo protagonismo de los sujetos globalizadores traslada los focos de decisión de los sujetos públicos, protagonistas de las economías del *welfare state*, a otros ámbitos de decisión. La última definición del fenómeno, a la que posteriormente prestaremos más atención, será la que acentúa la trascendencia de los cambios introducidos en el sistema económico internacional, constituido en torno a los acuerdos de Bretton Woods.

Ciertamente, todas las aproximaciones introducen elementos concurrentes y todas ellas parecen establecer, como nuevo principio, el del "Estado impotente"³, que traduce el fin de la relación entre política y economía propia del Estado social.

¹ Negri, A. "Tra conflitti e rapporti sociali. La costituzione e l'immaginazione costituzionale, nel secolo breve". En *Diritto Romano Attuale*. 1999. nº 2, págs. 167-83.

² Boyer, R. "Les mots et les réalités" en *Mondialisation au-delà des mythes* La Découverte Paris. 1997, págs 13-56.

³ Omaa, K. *La fine dello stato nazionale*. Baldoni-Custoldi, Milán. 1996, págs 152. Para la formulación del principio y su crítica. Weiss, L. "Globalization and the mythe of the powerless state" en *New Left review*. 1997. nº 225, págs. 3-27

Puede decirse, sin embargo, que las propuestas teóricas de la nueva economía global pasan de la descripción de algunas tendencias, con dificultades en su afirmación y generalización, a la elaboración de un nuevo paradigma con la pretensión de legitimar las nuevas relaciones público-privado que se instauran en los Estados tras el fin del Estado social.

Las tendencias que suponen la base objetiva de su teorización, como hemos dicho, se refieren a la intensificación de los intercambios comerciales y el cambio de naturaleza de los mismos, la aparición de una nueva empresa y, quizás la más significativa, la globalización financiera. Estos ejes, que son convertidos de tendencias en procesos generales por los agentes del sistema, funcionan como determinismos que permiten la afirmación del nuevo modelo.

La empresa global como nuevo modelo de organización de la producción, simbolizado en la empresa multinacional, como empresa red, se caracteriza por una ruptura territorial, por la desaparición de los vínculos con el territorio original y la pérdida de peso en la determinación de la política empresarial de la empresa madre. Las filiales y la empresa madre original establecen una nueva relación dirigida a optimizar el beneficio que rompe con la jerarquización organizativa anterior e instaura un sistema multidireccional de los flujos económicos en el interior del grupo. La empresa red global, para estos teóricos, acentúa la ruptura empresa-territorio de origen, incrementando la erosión del poder estatal en la dirección de la economía.

La globalización de los mercados no resiste la constatación empírica en las dos dimensiones, es decir, en la intensificación de los intercambios y la pluralización de los focos.

La literatura económica señala que el aumento del comercio no es significativo⁴, al menos, respecto a situaciones anteriores, menos aún, si se compara como momentos de internacionalización de la economía precedente, en especial, en la primera guerra mundial. Por otra parte, el mayor porcentaje del intercambio comercial total tiene lugar entre los tres polos económicos de la economía internacional. Más aún, en el caso de Europa, la casi totalidad de sus intercambios se realizan entre los países europeos. Por ello, se ha dicho que más que globalización debe hablarse de triadización.

Incluso la globalización en algunos mercados, especialmente el de trabajo⁵, es sencillamente inexistente⁶. Por múltiples razones, los mercados de trabajo siguen siendo esencialmente territoriales, ni siquiera es significativa la deslocalización de capitales fundamentada en el costo del factor trabajo.

Por lo que respecta a las nuevas empresas globales, la complejidad es aún mayor. A pesar de las

pretensiones parece que la empresa global es más un proyecto que una realidad⁷. Los factores que miden el proceso de globalización empresarial: la base de la producción, su financiación, la difusión y reparto entre el conjunto del grupo de la innovación tecnológica, tienen un nivel de globalización escaso y muy distinto según las situaciones.

En la mayoría de los casos, la base de la producción y de la exportación continúa siendo nacional, el peso de las filiales sigue siendo menor, sólo algunas empresas, que constituyen la excepción, reparten su producción de modo significativo con sus centros del exterior. Curiosamente, las empresas más globalizadas, desde este punto de vista, lo son mucho antes y por otros factores. "Sólo son realmente globalizadas las empresas multinacionales de las pequeñas economías abiertas. Esto es para ellas una necesidad impuesta por la división del trabajo a escala internacional"⁸. Los datos empíricos señalan también que la financiación de las grandes empresas multinacionales no entraña una diversificación geográfica importante. Los mercados locales continúan siendo esenciales en esta cuestión.

Por último, la difusión del saber y la innovación tecnológica, obra de las multinaciones, impulsada por el proceso de desterritorialización tiene sus límites. La innovación tecnológica, en cuanto considerada como fuente de competitividad, es preservada, tanto en el interior de las empresas, como en el interior de los Estados.

Parece pues que la base objetiva para definir teóricamente el paradigma global es, de momento, discutible y descubre la dimensión política de la propuesta teórica.

Quizás por ello, la perspectiva de análisis de Castells es más compleja y se inserta en el conjunto de transformaciones sociales experimentadas desde la década de los ochenta del pasado siglo. Con todo, definir a la economía globalizada de manera genérica y en referencia a una cualidad técnica no resuelve los problemas. Que la economía global pueda ser caracterizada por su capacidad de funcionar "como unidad en tiempo real a escala planetaria"⁹ no resuelve la dificultad de generalizar tendencias no asentadas e induce efectos que, en muchos casos, no son sino propuestas políticas en la nueva conformación del Estado.

En cualquier caso, especial utilidad tiene su referencia a las precondiciones de la economía global, en la medida que permiten detectar su núcleo fundamental, que revela su naturaleza. Los dos elementos que permiten la generación de los procesos globalizadores son la innovación tecnológica y la liberalización de los mercados, especialmente, de capitales¹⁰.

Ambas precondiciones coinciden con los determinismos sobre los que funciona la globalización y que, para sus defensores constituyen imperativos que conducen inexorablemente a la instauración de este nuevo paradigma. Estos son el determinismo tecnológico y el que podríamos llamar naturalista.

⁴ Hirst, P. y Thompson, G. *Globalization in question: the international economy and the possibilities of governance*. Cambridge, 1996, págs. 22.

⁵ Lazar I. "Corporates strategies in global markets" en *States against markets*. Routledge. Londres, 1996, págs. 270-96. Altvater, E. "El lugar y el tiempo de lo político bajo las condiciones de la globalización económica" en *Zona abierta*. 92/93 2000. Págs. 7-59.

⁶ Betscherman, G. "Globalization, labour markets and public policy" en *States against markets*. Op. cit., págs. 250-69.

⁷ Boyer, R. "Les mots et les réalités". Op. cit.

⁸ Boyer, R. "Les mots et les réalités". Op. cit.

⁹ Castells, M. *La sociedad red*. Alianza Editorial. Madrid, 1996, págs. 120

¹⁰ Castells, M. *La sociedad red*. Op. cit., pág. 111.

Ciertamente, en Castells, la innovación tecnológica es una condición para la globalización económica, aunque, en sí misma, no predetermina el resultado y los caracteres de la reordenación del sistema económico¹¹. Sin embargo, la liberalización de los mercados financieros actúa como condicionante en la distribución del capital y las decisiones empresariales¹², estableciendo nuevas condiciones de valoración del capital.

Desde este punto de vista, la liberalización financiera constituye la apertura del proceso y verdadera globalización¹³ por su capacidad de irradiar efectos económicos y políticos¹⁴.

Si pretendemos perfilar los contornos de un fenómeno pluriforme y a menudo no novedoso, nos encontramos con que la paradoja es su carácter esencial.

Por una parte, los procesos globalizadores de la economía son afirmados generalmente, por otra, la novedad e intensificación de los mismos es relativa en algunos de sus principales dimensiones. Por una parte, el paradigma globalizador, desde la perspectiva política y económica se define en contraposición al Estado y su capacidad reguladora, por otro, el Estado se configura como el principal agente globalizador. Por ello, establecer la naturaleza del fenómeno, sobre cuya base deberemos analizar las relaciones Estado (política) y economía resulta complejo. Sin embargo, el cierto fetichismo globalizador no debe ocultarnos que este proceso despliega efectos, incluso en los ámbitos donde aparentemente se desarrolla con mayor debilidad. El mercado de trabajo aparece como el menos globalizado de los mercados, pero, a pesar de esta afirmación, las posibilidades de movilidad y localización del capital y las condiciones de competencia internacional imponen efectos disciplinantes y de control a los mercados nacionales, de tal forma, que éstos incorporan tendencias globales de comportamiento¹⁵. Aunque, ciertamente, los efectos de la globalización no son inevitables consecuencias de procesos con lógica autónoma y por ello inexorables. Contrariando el determinismo naturalista, el mercado no se conforma como un espacio natural que exige en la nueva economía un iusnaturalismo económico¹⁶ y que impone, como nueva función del Estado, su respeto.

La globalización es ante todo decisión política¹⁷ y como decisión política o propuesta, se debe confrontar con el Estado. Conviene, por tanto repasar los efectos de la globalización, desde esta perspectiva, es decir, desde las decisiones políticas que encierra la globalización.

2.1. La estrategia de la globalización

Desde las consideraciones antes apuntadas, las dificultades descritas en orden a caracterizar la globalización pueden superarse si las tendencias globalizadoras se inscriben en la superación de las contradicciones que el proceso de acumulación capitalista había establecido en la fase final del fordismo. La globalización se manifiesta así como una estrategia de acumulación¹⁸, más específicamente, como la estrategia de acumulación de la fase posfordista¹⁹.

En este cuadro pueden insertarse las tendencias en acto, cuya característica fundamental es confrontarse con el modelo generalizado tras la instauración del Estado social.

Cuando se intenta distinguir entre los procesos de internacionalización económica anteriores a la primera guerra mundial, ejemplo de las tendencias expansivas de la dinámica capitalista, y la globalización actual, el acento se pone, no tanto en los datos cuantitativos del intercambio, cuanto en la reacción frente a las novedades que incorpora el Estado social al gobierno del proceso económico. Respecto al período que llega hasta 1913, los factores novedosos se sitúan, por una parte, en el carácter otorgado al salario en la definición de las condiciones de competencia y, por otra, a la desvinculación de las sujeciones impuestas al mercado de capitales.

El keynesianismo económico y la aparición de los sistemas de protección social nacionales provocan que el salario social adquiera una nueva dimensión, se configura como "coste internacional de producción"²⁰, influyendo en las condiciones de competencia.

Por esto resulta engañoso contrastar para medir la intensidad del fenómeno globalizador, la situación actual con la experiencia pasada. La globalización se contrasta con el sistema de sujeciones políticas del Estado social y los vínculos institucionales, así como con las relaciones entre los sujetos de conflicto social²¹.

De ésta manera resulta erróneo contraponer globalización a Estado y deducir de ello la pérdida del poder estatal en el control de la economía. Esto sólo es cierto si los términos de la contradicción no se establecen con el Estado, sin más, sino con una forma de Estado determinada. Los cambios en el escenario internacional respecto a los mercados financieros son inscribibles en esta estrategia de la acumulación, a la que no son ajenos los Estados, protagonistas políticos del nuevo diseño del mercado de capitales.

"Por ello el salario, tanto el individual, como el social, comenzó a ser entendido cada vez más como un coste de producción internacional y menos como una fuente de demanda nacional y el dinero empezó a circular como divisa internacional debili-

¹¹ Castells, M. *La sociedad red*. Op. cit., págs. 31 y ss.

¹² Marazzi, C. *E il denaro va. Esodo e rivoluzione dei mercati finanziari*. Babingheri, 1998. Turin, págs. 94-5

¹³ Moral Santín, J.A. "Globalización y transformaciones financieras. ¿El fin de las políticas macroeconómicas nacionales? En *Zona abierta* 92/93, 2000. Págs. 127-73

¹⁴ Held, D.; McGrew, A.; Goldblatt, D. Y Perraton, J. *Global transformations. Politics, economics and culture*. Polity press. Cambridge. 1999, pag. 232.

¹⁵ Rodríguez-Piñero, M. "Política, globalización y condiciones de trabajo" en *La Ley 2000*, pag. 10317

¹⁶ Irti, N. "Diritto e mercato" en *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*. Laterza. Bari, 1999, págs. VII-XX.

¹⁷ Helleiner, E. *States and the reemergence of global finance. From Bretton Woods to the 1990s*. Cornell, U. Press, Londres, 1994, pags. 1-3

¹⁸ Jessop, B. "Reflexiones sobre la (i)lógica de la globalización". *Zona abierta* 92/93.2000, págs. 95-125.

¹⁹ Jessop, B. "Reflexiones sobre la (i)lógica de la globalización". Op. cit.

²⁰ Jessop, B. "Reflexiones sobre la (i)lógica de la globalización". Op. cit.

²¹ Jessop, B. "Reflexiones sobre la (i)lógica de la globalización". Op. cit.

tando ciertamente la gestión económica keynesiana de la demanda en el ámbito nacional. Este cambio en el principal aspecto contradictorio de la forma del dinero está estrechamente relacionado con la tendencia de la dinámica del capital industrial a estar subordinado a la lógica de hipermovilidad del capital financiero²².

Que la contradicción que impone la globalización no es entre economía mundial y Estado lo demuestran dos aspectos del proceso globalizador reconocidos generalmente. El primero, que la globalización no instaura, sin más, un sistema económico mundial único, sino que es la suma caótica de procesos a menudo contradictorios que se autolimitan, donde convergen ámbitos estatales, locales, supranacionales y globales, esto desde el punto de vista territorial²³. El segundo viene definido por la importancia de la instancia extraeconómica en la definición de las condiciones de acumulación que, en este momento, sigue siendo determinante. Desde esta perspectiva, se admite el papel decisivo del Estado en la configuración de la competitividad de su espacio geográfico en el contexto global.

Es por esto que algunos autores han señalado que la globalización se refiere no tanto al triunfo universal del capitalismo, como a la emergencia de un mercado universal autorregulado²⁴. Podríamos entonces decir que el proceso de globalización es la vía de escape al control político de la economía. Autorregulación del mercado *versus* control político de la economía es el dilema que se plantea.

Así pues, la estrategia globalizadora incorpora decisiones políticas que construyen el nuevo marco de relaciones entre los sujetos actuantes en el mercado y que luego fundamentarán el paradigma dominante. Las decisiones políticas que introduce la globalización pueden formularse como sigue:

a) *Globalización se opone a regulación*. La desregulación supone la primera decisión política que establece las bases de la relación política-economía del posfordismo. Ciertamente, esta relación es compleja y equívoca²⁵, a la vez que se manifiesta de forma diversa en los distintos ámbitos. La contradicción, al menos formalmente, se establece por la correspondencia establecida entre regulación y política, es decir, regulación como manifestación del control económico. Sin embargo, vincular mercado a desregulación puede resultar problemático. El mercado es una institución económica artificial que no puede subsistir sin la regulación externa²⁶, por esto mismo, cuando se analizan los procesos de desregulación nos encontramos con la paradoja del crecimiento de las normas reguladoras. Desregulación quiere decir, en este caso, sustitución de la re-

gulación, lo que es lo mismo, disolución de los vínculos políticos anteriores. Con todo, existen ámbitos que influyen decisivamente en los comportamientos del sistema económico atenuando la eficacia del control nacional, donde, efectivamente, la desregulación adquiere la forma de liberalización. En el mercado de capitales la desregulación se expresa de este modo y sienta las bases para limitación de la política nacional²⁷.

b) *La liberalización de los mercados financieros*. Aunque podría incluirse en la formulación anterior, su trascendencia obliga a singularizarla como una decisión que inicia el proceso.

La liberalización del mercado de capitales incide y se configura como la base de desvinculación de la política nacional, al menos desde dos perspectivas:

En primer lugar porque rompe con el sistema financiero internacional instaurado después de la segunda guerra mundial y que actuaba como una de las bases económicas del keynesianismo económico nacional²⁸. En segundo lugar, porque la apertura de los mercados financieros redefine la relación capital financiero-capital industrial perturbando el funcionamiento del sistema en su conjunto²⁹.

c) *Globalización se opone a Estado social*. Ya hemos aludido a cómo las novedades que incorpora el Estado social, tanto en el ámbito genérico de la intervención económica de raíz keynesiana, como en la protección social, configurando el salario social como un factor del coste internacional de la producción sitúan a la estrategia globalizadora en confrontación con los elementos que caracterizan a esta forma de Estado. Si la globalización es sinónimo de la desvinculación política del control de la economía, de la ruptura del vínculo político por el mercado, supone esencialmente una ruptura de los mecanismos de integración del trabajo fundados por el Estado social.

3. ESTADO SOCIAL Y CONSTITUCION: LA CONSTITUCION COMO GARANTIA

No se trata ahora de sintetizar la evolución doctrinal del constitucionalismo del siglo XX hasta llegar, en Europa, a la recuperación de la normatividad constitucional y su capacidad ordenante de sistema jurídico, simbolizados en su rigidez. Pretendemos solamente recordar la conexión entre las características del constitucionalismo de la segunda posguerra y la forma de Estado social.

La rigidez constitucional como mecanismo sobre el que se asienta la constitución garantista no es sino la respuesta jurídica a la crisis liberal y a la gestación del Estado social. La constitución como pacto interiorizando, esta caracterización del Estado

²² Jessop, B. "Reflexiones sobre la (i)lógica de la globalización. Op. cit.

²³ Veltz, P. "L'économie mondiale, une économie d'archipel" en *Mondialisation au delà des mythes*. Op. cit., págs. 59-67. También Sachwald, F. "La régionalisation contre la mondialisation?" en *Mondialisation au delà des mythes*. Op. cit., págs. 133-146.

²⁴ Adda, J. *La globalización de la economía: origen y desafíos*. Seguir Madrid, 1999, pág. 105.

²⁵ Altwater, E. "El lugar y el tiempo de lo político bajo las condiciones de la globalización económica". Op. cit.

²⁶ Irti, N. "L'ordine giuridico del mercato". Laterza. Bvari, 1998, págs. 5-35-40-44-47.

²⁷ Plihon, D. "Les enjeux de la globalisation financière" en *La mondialisation au-delà des mythes*. Op. cit., págs. 69-79

²⁸ Hirst, P. "The global economy myths and realities" en *International affairs 1997*, nº 73, págs. 409-425; Adda, J. *La globalización de la economía. orígenes y desafíos*. Op. cit., págs. 105 y 107; Helleiner, E. *States and the reemergence of global finance*. Op. cit.

²⁹ Marazzi, C. *E il denaro va*. Op. cit., págs. 93-95.

social exige esta dimensión garantista³⁰ y, por ello, se configura como la novedad esencial que aporta el constitucionalismo social.

La crisis del Estado liberal es el momento cronológico del debate jurídico sobre el papel garantista del texto constitucional, no sólo supone la apertura del debate sobre la defensa de la constitución y su articulación³¹, sino que aporta una nueva fundamentación de la relación entre Constitución y democracia³².

Ciertamente, Kelsen abre la concepción garantista de la constitución, sienta las bases de sus caracteres jurídicos consagrados en el constitucionalismo social y aunque su dimensión garantista dista de asumir la materialidad de contenidos que incorpora el Estado social, no es ajeno a la institucionalización formal del conflicto.

Kelsen significa superación de la perspectiva del constitucionalismo liberal³³ precisamente por la función constitucional como garantismo democrático. Parte de la doctrina ha resaltado esta aportación fundamental del jurista austriaco³⁴, a menudo oculta por la preeminencia de su discurso normativista.

La teoría de la democracia kelseniana, fundada sobre el relativismo filosófico y su concepción procedimental otorga un papel fundamental al pluralismo y a su tutela.

El pluralismo no es sino la aceptación del conflicto y que la política es primordialmente la solución coyuntural al conflicto que pervive en cuanto este es expresión del pluralismo. La función de la constitución es la de preservación del pluralismo mediante la garantía de las reglas del juego (democracia procedimental).

Kelsen representa el tránsito del constitucionalismo liberal al constitucionalismo social, situando en la constitución la garantía de las reglas de la democracia³⁵.

Por ello mismo y a pesar de su relativismo material, es lícito vincular su garantismo constitucional con la forma de Estado. Pluralismo significa fin del Estado monoclasa. Tutela del pluralismo significa exigencias de garantía de las reglas de relación entre sujetos antagónicos, es decir, garantía procedimental del conflicto. Sin embargo, las insuficiencias de la teoría kelseniana estriban en su planteamiento formal, frente a la novedad del Estado social, es por esto que, esta forma de Estado planteara la inserción de contenidos materiales en la función garantista de la constitución.

Así pues, el Estado social constitucionalmente significa garantismo material del contenido de la

norma fundamental. Esta significación viene deducida también de la caracterización de este tipo de Estado.

El nuevo garantismo material de la constitución viene expresado en una doble dimensión, emana, de una parte, de la constitucionalización de la forma de Estado social, que preside un proyecto social, ahora tutelado jurídicamente, de otra de aquel origen kelseniano vinculado al fin del Estado monoclasa. La constitución "viene a definirse como un conjunto de "máximas de estructuración" que ordena y dirige el proceso político entendido como proceso de transformación hacia el modelo que esta describe... siendo valores máximos de estructuración positivamente puestos mediante normas jurídicas obligatorias la constitución se configura como complejo de garantías de mecanismos de tutela que tienden a hacer efectiva la actuación de la previsión constitucional y a defenderla contra la espontaneidad de los mismos comportamientos de los sujetos políticos e institucionales"³⁶

Si lo definitorio del constitucionalismo social es la interiorización del conflicto en la cúspide del ordenamiento³⁷, incorporando principios contradictorios en sus contenidos, la constitución asume la función garantista precisamente porque éste se constituye en sede del pacto fundador de este Estado. Su garantismo se extiende a los contenidos que determinan la adopción de la forma de Estado. Incorpora, por tanto, la constitución del Estado constitucional un concepto fuerte de vinculación del ordenamiento.

El punto de llegada que significó el constitucionalismo de la segunda posguerra mundial significaba una sujeción del ordenamiento y de la actividad estatal al programa constitucional que establece el contenido del garantismo material.

4. LA CONSTITUCION DEBIL

4.1. De la constitución normativa a la constitución débil

Como hemos visto, la constitución garantista se construye sobre la base de un vínculo fuerte a la constitución respecto, tanto del ordenamiento, es decir de la ley, como, en general, de la actividad estatal y, lo hace sobre la base de la introducción de contenidos materiales no sólo reconducibles al sistema de derechos, aunque este sea su expresión primaria.

El garantismo, la constitución fuerte, ligada a las exigencias del pacto y expresada en la forma de Estado constitucionalizado rehúye la lógica kelseniana del relativismo como fundamento de la democracia e incorpora un concepto altamente material de democracia.

El concepto de legalidad material reclama que el vínculo constitucional se ejerce en confrontación con la ley respecto a contenidos, a criterios mate-

³⁰ Ferrajoli, L. *La cultura giuridica nell'Italia del novecento*. Laterza, Bari, 1999, págs. 52-3

³¹ Sobre el origen del debate europeo del control de constitucionalidad de las leyes, Cruz Villalón, P. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. CEC. Madrid, 1987, págs. 27 y ss.

³² Fioravanti, M. *Costituzione*. Laterza, Bari, 1999, págs. 157-9.

³³ Bongiovanni, G. "Dalla 'dottrina della costituzione' alla 'teoria dei valori': la ricerca di un difficile equilibrio" en *Democrazia e diritto*. 1997. nº 1, págs. 73-109.

³⁴ Baldassarre, A. "Costituzione e teoria dei valori" en *Politica del diritto*. 1991. nº 4, págs. 639-58.

³⁵ Fioravanti, M. *Stato e costituzione. Materiali per la storia delle dottrine costituzionali*. Grappichelli. Turin, 1993, págs. 143

³⁶ Dogliani, M. *Interpretazioni della costituzione*. F. Angeti, Milán, 1982, págs. 52.

³⁷ De Cabo, C. Intervención en la "encuesta sobre la orientación del Derecho constitucional" en *Teoría y realidad constitucional* 1998, nº 1 págs. 18-19.

riales, no relativizables, sino reconducibles a un proyecto constitucional dotado de unidad y vocación ordenante³⁸.

Por todo ello, parece necesario recordar el vínculo que en el constitucionalismo de la posguerra se estableció entre garantismo y constitución, definida como sede de un programa unitario que se expresa en la forma de Estado que interioriza la concepción de garantismo constitucional. Como constitucionalismo fuerte, implica la necesaria influencia de la forma de Estado en la disciplina del ordenamiento y la sujeción del mismo a los contenidos de ésta.

Constitución garantista significa primariamente constitución normativa que se traduce en un vínculo fuerte al legislador en sus contenidos. Por el contrario, constitución débil expresa un proceso de desnormativización constitucional que se traduce en una débil relación entre constitución y ordenamiento, en su relación con el legislador.

La concepción de la constitución débil se contrapone a la construida en el constitucionalismo social, esta se expresa en la dificultad constitucional para condicionar el ordenamiento, este proceso se construye sobre la afirmación de la dificultad de la constitución formal, de la escritura constitucional³⁹, para servir de parámetro de validez normativa.

En definitiva, la constitución débil, a la que luego intentaremos caracterizar, trastoca, o si se quiere redefine el sistema de fuentes del ordenamiento. Si este, desde la normatividad constitucional, se había construido, en lo que aquí importa, sobre el criterio de jerarquía, directamente conectado con el concepto de constitución rígida, ahora la constitución deja de funcionar como norma condicionante, especialmente en sus contenidos materiales, para convertirse en mero parámetro de referencia, en el marco de un proceso valorativo sin especiales sujeciones.

"No sólo la 'lex posterior' o la especialidad... sino la misma jerarquía —como se ha intentado poco antes demostrar— sufren una evidente relativización"⁴⁰. Ruggeri indica que las técnicas modernas de la jurisprudencia constitucional han producido una metamorfosis de los criterios ordenantes del sistema de fuentes, sustituyendo los mecanismos de sujeción normativa en los sistemas de constitución rígida, por parámetros flexibles desvinculados de la norma constitucional, materializándose una absorción de estos criterios por la 'razonabilidad' y sustituyendo ésta a los parámetros de control del ordenamiento⁴¹. Si la razonabilidad, con las dificultades de concreción y definición deviene único parámetro de legitimidad de las leyes se introduce una dinámica de flexibilización constitucional que la desnaturaliza 'el sistema normativo se recompone cotidianamente'⁴².

De esta forma, la relación constitución-ley deja de ser emanación del carácter normativo de la constitución para ser el resultado de la recomposición jurisprudencial del ordenamiento. El concepto de constitución y el sistema de fuentes se conecta así directamente con la interpretación constitucional y la propia justicia constitucional deja de ser el instrumento técnico de garantía de la normatividad constitucional para asumir otras funciones. Se convierten los tribunales constitucionales en gestores de un sistema de intereses definido por la dinámica política y social⁴³.

Ciertamente, la jurisprudencia constitucional se conforma, en estos momentos, como el campo de prueba del cambio de paradigma constitucional, de hecho, las construcciones teóricas de esta propuesta, la de la constitución débil, se realiza en el marco de la reflexión sobre la interpretación constitucional⁴⁴. Por ello, el discurso interpretativo remite directamente a la concepción de la constitución.

4.2. La constitución débil

La interiorización de un esquema conceptual como el contenido en la constitución por valores o principios da paso a la teorización de la constitución débil, más expresamente formulada por la doctrina italiana. En un intento de refundar una teoría de la constitución basada en la realidad del Estado contemporáneo, Zagrebelsky toma como punto de partida el Estado pluralista democrático, que determina la relación entre intereses y el papel de la constitución. Pretende construir una teoría de la constitución de contenido material, pero acentuando el relativismo de los valores como inherente al pluralismo, lo que significa una desconexión con valores fundantes que conforman modelos de referencia. El relativismo se convierte en la única sujeción fuerte⁴⁵.

En la propuesta del "derecho dúctil", los principios que coexisten no se vinculan a ninguna ordenación de valores, se desconectan del Estado, de la forma de Estado, en la medida en que el rasgo caracterizante del Estado es el pluralismo, única esencia del mismo. El pluralismo repudia cualquier modelo. El pluralismo impone una constitución de mínimos, cuyo único vínculo fuerte resulta ser la tutela del pluralismo por medio del relativismo material.

"Las sociedades pluralistas actuales, esto es, las sociedades caracterizadas por la presencia de una variedad de grupos sociales portadores de intereses ideológicos y proyectos diferenciados, pero en ningún caso tan fuertes como para colocarse como

³⁸ Dogliani, M. "La lotta per la costituzione" en *Diritto pubblico*, 1996, n.º 2, págs. 293-316

³⁹ Dogliani, M. "Diritto costituzionale e scrittura" en *Ars Interpretandi*, 1997, págs. 103-36

⁴⁰ Ruggeri, A. *Fatti e norme nei giudizi sulla leggi e la "meta-morfosi" dei criteri ordinatori delle fonti*. Giappichelli. Turin. 1994, págs. 153

⁴¹ Ruggeri, A. *Fatti e norme*. Op. cit.

⁴² Ruggeri, A. *Fatti e norme*. Op. cit.

⁴³ Dogliani, M. "Il posto del diritto costituzionale" en *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, págs. 125-214. También Ruggeri, A. "Dottrine delle costituzione e metodi dei costituzionalisti" en *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*. Cedam. Padua. 1997, págs. 27-89. Bongiovanni, G. "Dalla "dottrina delle costituzione". Op. cit.

⁴⁴ Bin, R. "Bilanciamento degli interessi e teoria della costituzione" en *Libertà e giurisprudenza costituzionale*. Giappichelli. Turin. 1992, págs. 45-63. Mengoni. "Il diritto costituzionale como diritto per principi" en *Ars Interpretandi*, 1996, págs. 95-111

⁴⁵ Zagrebelsky, G. *Il diritto mite*. Op. cit., págs. 13-5

exclusión o dominantes y así proporcionar la base material de la soberanía estatal⁴⁶.

La función que impone el pluralismo a la constitución es ser su garantía, hacerlo efectivo, lo que se produce mediante la aceptación de todos los principios entre los que se establece, a priori, una relación de coexistencia y la concepción del núcleo fuerte constitucional como reducto mínimo de defensa del pluralismo.

La soberanía de la constitución, amén de esta garantía mínima, tiene en esta propuesta la función, no de proponer su materialización, sino de situar el relativismo material como nuevo principio constitucional del pluralismo, concepción que, por mucho que se diga, es distinta del resultado alcanzado en el constitucionalismo social.

Por ello, frente al garantismo material del constitucionalismo del Estado social presidido por los principios constitucionalmente expresados de la forma de Estado social, la relación entre constitución y actuación constitucional aparece desdibujada por el relativismo material. "Para darse cuenta de esta transformación, se puede pensar en la constitución no ya como centro del cual todo deriva por irradiación... sino como centro hacia el cual todo debe converger"⁴⁷. La constitución fija límites de garantía del pluralismo. Más allá de los cuales, la constitución se oculta, viene sustituida por la "política constitucional". La política dispondrá de los contenidos constitucionales porque ésta resulta ser un espacio abierto. "No la constitución, sino la política constitucional, que derivará de las agregaciones y desplazamientos del pluralismo podrá determinar los resultados constitucionales históricamente concretos"⁴⁸.

De esta forma, política constitucional se opone a constitución, en cuanto aquella resulta ser un momento constante de redefinición de la constitución, pero no sólo de las disposiciones concretas, sino "sobre todo de la unidad de sentido de la constitución en su conjunto"⁴⁹.

Con menor fundamentación teórica y más directamente vinculada a propuestas de interpretación, Bin propone un resultado similar, quizás más llamativo aún, al menos en su literalidad, y formula su "Teoría débil de la constitución"⁵⁰.

Ciertamente, este autor, es consciente que su propuesta compromete la capacidad normativa y garantista de la constitución y, por tanto, la posición en el sistema de fuentes⁵¹. El problema que plantea la forma de interpretación constitucional derivada de la moderna concepción de los derechos en las constituciones largas del pluralismo es el abandono de la constitución escrita como referencia, tanto para actuación constitucional, como para su interpretación. El texto constitucional se convierte en un indicador

lejano, colocando en primer plano unos derechos que devienen principios recreados en su aplicación.

También para Bin, la concepción de los derechos que deriva de los métodos interpretativos generalizados en la jurisprudencia constitucional impiden hablar de jerarquía de valores o principios. Niegan la existencia de criterios ordenados en abstracto, conduciendo a la relatividad material que antes advertíamos⁵². La combinación entre interpretación sistemática y pluralismo, recreada por estas orientaciones doctrinales conducen a una convivencia desordenada de los principios constitucionales, que sólo resuelve la relación entre ellos en el marco del caso concreto, fuera del mismo, la jerarquía no existe⁵³.

Desde esta perspectiva, sistema e interpretación sistemática quieren decir asumir la existencia de un conjunto de principios constitucionales que, a menudo, son contradictorios como consecuencia del pluralismo, asumido, esta vez sí, como presupuesto fundamental del constitucionalismo moderno.

Estas premisas conducen a su propuesta de "constitución débil". Con este término se quiere expresar distintas cuestiones. Desde el punto de vista normativo, débil quiere decir, de normatividad relativa, que la restricción de las disposiciones constitucionales no vienen referidas al texto constitucional⁵⁴, sino incidiendo en los valores, derechos o principios que la constitución reconoce.

Los efectos de esta debilidad normativa perturban la teoría de la constitución asentada desde la posguerra. La constitución no preside el ordenamiento, sino que es sólo una referencia, primaria, pero sin el status prescriptivo para el sistema normativo. La primera significación de la constitución débil se coloca pues en el ámbito de las fuentes y de la relación ley-constitución, que viene sustituida por la referencia a los principios constitucionales reconstruidos, en su alcance y ordenación en el seno del caso concreto.

El ordenamiento infraconstitucional no tiene por objeto la actuación de la constitución, su desarrollo, sino que concreta y explicita los contenidos materiales que traducen, en cada coyuntura, la relación de intereses impuesta por el pluralismo.

Va, en este caso, Bin más allá de la adhesión a la legalidad constitucional atenuada. Ahora, el texto constitucional se desvincula del escenario normativo.

La otra dimensión de su constitución débil tiene mayor alcance, consiste en su concepción minimal o de mínimos⁵⁵. Esta idea estaba presente en Zagrebelsky, que reducía la esencia de la constitución al respeto del pluralismo, pero ahora se reformula con mayor complejidad y efectos.

Constitución minimal indica que "el texto escrito se coloca, esta es la tesis, como línea última de defensa de las reglas del juego"⁵⁶. En realidad, reducción de la constitución, del texto constitucional, a la defensa de las reglas del juego implica, en esta formulación, la situación de emergencia.

En la vida del ordenamiento, distingue Bin dos si-

⁴⁶ Zagrebelsky, G. *Il diritto mite...* Op. cit. pag. 9.

⁴⁷ Zagrebelsky, G. Op. cit., pág. 10.

⁴⁸ Zagrebelsky, G. Op. cit., pág. 10.

⁴⁹ Dogliani, M. "La lotta per la costituzione" en *Diritto pubblico*, 1996, n.º 2, pags 293-316.

⁵⁰ Bin, R. "Bilanciamento degli interessi e teoria della costituzione" en *Libertà e giurisprudenza costituzionale*. Giappichelli, Turin, 1992, págs. 45-63.

⁵¹ Bin, R. *Diritti e argomenti, Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale* Giuffrè, 1992, págs. 154-5.

⁵² Bin, R. *Diritti e argomenti...* Op. cit., pag. 3

⁵³ Bin, R. *Diritti e argomenti...* Op. cit., págs. 34-5.

⁵⁴ Bin, R. *Diritti e argomenti...* Op. cit., pág. 156.

⁵⁵ Bin, R. *Diritti e argomenti...* Op. cit., pág. 157.

⁵⁶ Bin, R. *Diritti e argomenti...* Op. cit., pág. 158.

tuaciones: las de normalidad y las extraordinarias⁵⁷. En las primeras, la constitución actúa como referencia relativa, el ordenamiento subconstitucional administra la constitución dentro del espacio disponible de las reglas del juego, los valores constitucionales son disponibles dentro de los límites que se expresan en las situaciones extraordinarias, como consecuencia del conflicto de intereses del pluralismo contemporáneo.

Las situaciones extraordinarias, aquellas que reclaman la vigencia textual de la constitución para restablecer las reglas del juego violadas, identifican la esencia constitucional. En estas circunstancias, el texto constitucional indica el límite insuperable de la discrecionalidad legislativa⁵⁸.

La constitución minimal señala cuáles son los espacios de disposición y cuáles no, su función es actuar cuando las reglas del juego resultan comprometidas.

Los ejemplos de situaciones límite, en las que la jurisprudencia constitucional actúa reivindicando la prescriptividad directa del texto constitucional, por extremos, no resuelven la situación. La actividad de la Corte constitucional italiana respecto a la legislación preconstitucional fascista se propone como ejemplificación del juego de estas diversas situaciones respecto al texto constitucional.

Una definición así realizada del contenido constitucional adolece de otros problemas, que conducen a una reducción de la constitución minimal. Como hemos destacado, la concepción de los derechos en la constitución carece de un orden o jerarquización más allá de la deducida con relación al caso concreto. La imposibilidad de reconducir a sistemas objetivos a nuestro parecer deducibles de la forma de Estado, impide determinar el límite de lo indisponible, establecer el contenido de las reglas del juego, más allá de lo obvio.

La posibilidad de que la constitución minimal debilita aún más la constitución débil parece deducirse de la argumentación de la legislación fascista y su contraposición con los momentos presentes⁵⁹. Nuestro tiempo parece no caracterizarse por una transformación formal del sistema de derechos acuñado en el constitucionalismo social, más allá de episodios de crisis localizados, que exigiría el restablecimiento de límites constitucionales, postula Bin. Similar afirmación significa que la forma de Estado, como referencia del núcleo material de la constitución, directamente vinculante, no es tomado en cuenta, no tiene cabida en la constitución débil. Con ello, el Estado social, como juridificación constitucional de la forma de Estado no tiene papel alguno en la definición de los espacios de disponibilidad. Ello a pesar de las transformaciones experimentadas en este ámbito como consecuencia del tránsito al Estado postsocial.

5. RECAPITULACION

Las dificultades para definir la globalización obedecen fundamentalmente a la interacción desconexa de distintos aspectos o efectos de la misma⁶⁰, olvidando el núcleo fundamental, que a nuestro juicio, no es sino la determinación de la confrontación que esta propuesta realiza respecto a la constitución económica del Estado social. Es de esta forma como la globalización se presenta como estrategia de acumulación del postfordismo, afectando a los elementos que caracterizaban el constitucionalismo social.

La globalización, en cuanto desvinculación de la constitución material del Estado social, que resulta sustancialmente contradicha, actúa transformando el contexto de referencia constitucional⁶¹ afectando al ordenamiento estatal. En primer lugar, el paradigma de la globalización se convierte en mecanismo corrector de la constitución escrita, esto es de la constitución formal del Estado social. En segundo trastoca el sistema de fuentes, trasladando al ámbito ordinario de normación, aquel disponible en la competencia política, la reordenación y la reconstrucción de los elementos definidores del sistema.

El momento interpretativo se manifiesta como singularmente privilegiado en el proceso de desnormativización constitucional. La actividad "reformadora de la constitución"⁶² realizada por los tribunales constitucionales evidencia la asunción, por estos órganos, de una nueva función. En abierto contraste con la función garantista originaria devienen, ahora, gestores de la política constitucional que, ahora, ocupa todo el espacio de la constitución.

La desnormativización constitucional, puesta de manifiesto por el tránsito de la constitución normativa a la constitución débil, no es expresión de la debilidad del Estado, puesto que la contradicción no se establece entre globalización y Estado, sino entre ésta y una forma de Estado determinado, la social. Por ello actúa como instrumento redefinidor del ordenamiento.

La oposición entre Estado y mercado supone una barrera para la correcta comprensión de la globalización⁶³. Por ello deducir de las propuestas globalizadas el debilitamiento de Estado supone desconocer, tanto el papel político en la institucionalización del mercado, como la nueva relación entre Estado y mercado en el Estado postsocial. Jameson nos recuerda la estricta dependencia y necesidad de la intervención pública en la reordenación de un mercado "libre", procesos interventores que, paradójicamente, contribuyen al incremento del poder estatal⁶⁴.

Históricamente, la construcción del mercado libe-

⁵⁷ Jameson, F. "Globalización y estrategia política" en *New Left Review*, 2000, nº 5, págs. 5-22.

⁵⁸ Negri, A. "Tra conflitti e rapporti sociali. La Costituzione e l'immaginazione costituzionale, nel secolo breve". En *Diritto Romano Attuale*, 1999, nº 2, págs. 167-83.

⁵⁹ Negri, A. Op. cit.

⁶⁰ Panitch, L. "El nuevo Estado imperial". *New Left Review*, 1999, nº 2, págs. 5-18.

⁶¹ Jameson, F. "Globalización y estrategia política". Op. cit.

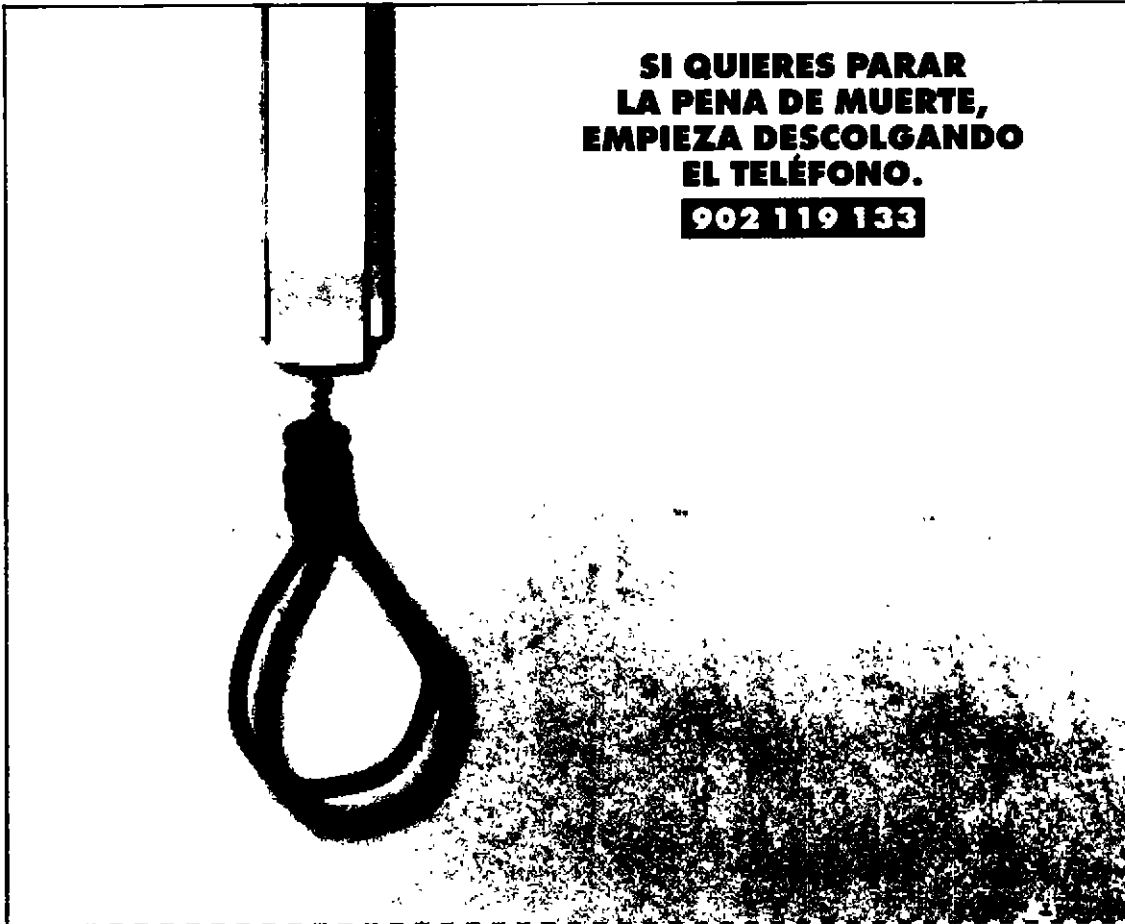
⁵⁷ Bin, R. *Diritti e argomenti*. . Op. cit., pág. 161.

⁵⁸ Bin, R. Op. cit. págs. 161-2.

⁵⁹ Bin, R. *Diritti e argomenti*... Op. cit. pag. 163.

ral es la construcción pública del mercado, y éste es incomprensible sin la instancia pública⁶⁵. Así, debe entenderse que la globalización no disminuye el papel de los Estados, simplemente instaura una nueva

intervención acorde con la nueva relación entre Estado y capital ahora establecida⁶⁶. Solo así se explica que los Estados sean los principales agentes de la globalización.



**SI QUIERES PARAR
LA PENA DE MUERTE,
EMPIEZA DESCOLGANDO
EL TELÉFONO.**


902 119 133

Si quieres hacer algo en contra de la PENA DE MUERTE,
llámanos o envíanos este cupón.

Recibirás información

nombre: _____

dirección: _____ C.P.: _____ población: _____



**Amnistía
Internacional**

Sección Española
C/ Fernando VI, 8 - 1ª Izda.
28004 Madrid
TEL. 902 119 133
amnistia.internacional@a-i.es
www.a-i.es

⁶⁵ Polanyi, K. "La gran transformación. Crítica del liberalismo económico". *La Piqueta*. Madrid 1989, pags. 321-31. Giannini, M.S. *Diritto pubblico dell'economia. Il Mulino*. Bolonia, 1995, págs. 20, 27-31. Ferrarese, M.R. *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti. Giappichelli*. Turin, 1992, pags. 72-6.

⁶⁶ Panitch, L. "El nuevo Estado imperial". Op. cit.

Contratación en línea. Efectos del comercio electrónico sobre la parte general del derecho civil alemán*

Michael HASSEMER

I. LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE EL COMERCIO ELECTRONICO Y LA MODERNIZACION DEL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

En Alemania se discute si la ley de modernización del derecho de las obligaciones va a entrar en vigor en la forma¹ y con la extensión² previstas. Aunque el alcance de esta discusión —que afecta, sobre todo, al derecho de alterar la prestación— sugiere que es muy posible que no se produzca una modificación integral en este campo, lo cierto es que no existe más remedio que actualizar el derecho civil para cumplir con las exigencias del comercio electrónico ya que la Directiva relativa al comercio electrónico así lo requiere³. El modelo de contrato tradicional debe modificarse para adecuarlo a las normas europeas para los servicios de la sociedad de la información⁴.

Fundamentalmente, la tarea del legislador consiste en posibilitar la contratación vía Internet: en la creación de un margen jurídico dentro del cual las partes firmantes puedan contratar como si se tratara de un contrato oral o escrito tradicional, pues el modelo de contrato tradicional no está totalmente preparado para la expresión de la voluntad transmitida por vía numérica, como se puede ver con mayor claridad en el caso de la condición de forma escrita (§ 126 del Código Civil alemán) que resulta imposible mantener vía Internet.

Además de la mera facilitación, surgen otros aspectos: primero, no se pueden dejar de lado determinados intereses materiales, como por ejemplo la protección del consumidor ante un contrato anóni-

mo, pero también el interés de las partes en no estar predispuestas para recibir correo electrónico las veinticuatro horas del día. La facilitación del comercio electrónico debe ir acompañada de la consideración de tales intereses.

Segundo, la introducción de técnicas nuevas comporta una cierta inseguridad jurídica. Por esta razón, el legislador está ante el desafío de otorgar a los contratos que se negocian por medio electrónico una seguridad similar a la que tiene un contrato escrito o un negocio entre presentes. Idealmente, esta seguridad no sólo comprende a los contratantes y al contenido del contrato como características fundamentales del negocio, sino también a la certeza de cuándo un contrato se celebra⁵.

En tercer lugar, la tarea del legislador consiste en la elaboración de una codificación abierta, pues la evolución técnica no para y el derecho contractual debe poder perdurar tales evoluciones. Por último, las modificaciones necesarias deben, por un lado, integrarse en la sistemática existente del derecho civil, y, por otro lado, estar conformes con las normas europeas. Cumplir con estos dos últimos aspectos será probablemente la tarea más difícil.

Las normas contractuales de la Directiva sobre el comercio electrónico⁶ apuntan en primer lugar a facilitar la celebración de contratos por vía electrónica. La Directiva sobre el comercio electrónico no persigue como fin primario la defensa de los consumidores, al contrario de lo que sucede, por ejemplo, con la Directiva sobre la venta a distancia del año 1997⁷. En realidad busca dar apoyo jurídico a lo que ya es posible por el desarrollo técnico⁸. En el derecho contractual, la cuestión central, en relación con el contrato electrónico, es, por esta razón, también el principio de facilitación (o de no discriminación) contenido en el artículo 9 de la Directiva, según el cual los Estados Miembros no deben discriminar a los contratos concluidos electrónicamente frente a los contratos tradicionales. Esto implica que los países de la Unión Europea tendrán la

* Traducción: Chantal Demuylder.

¹ Este trabajo se basa en el proyecto gubernamental de una ley relativa a la modernización del derecho de las obligaciones (<http://www.bundesjustizministerium.de/ggv/schuldre.pdf>) en la versión del 9 de mayo de 2001. Antecedentes del proyecto gubernamental fueron el "proyecto de discusión" del Ministerio Federal de Justicia (4 de agosto de 2000) y su "versión consolidada" (6 de marzo de 2001).

² Según los planes actuales del Ministerio Federal de Justicia, la reforma no se va a limitar a la implementación de las Directivas Europeas. Se proyecta, en lo que se llama "gran solución", además modernizar el derecho de las obligaciones en su totalidad y suprimir sus "defectos sustanciales"; cfr. el proyecto gubernamental de ley de modernización del derecho de las obligaciones, 1.

³ Directiva 2000/31/CE del 8 de junio de 2000 relativa al comercio electrónico publicada en el Boletín Oficial L 178 del 17.7.2000, 1-16. El plazo de aplicación se agota el 1º de enero de 2002.

⁴ Para definir el concepto de "servicio de la sociedad de información", la Directiva sobre el comercio electrónico se refiere a la Directiva 98/34/EG del 22 de junio de 1998 relativa a un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas. Según ésta, se debe entender por servicio de la sociedad de información "cualquier servicio prestado [...] a distancia [. . .] mediante un equipo electrónico [...] y a petición individual de un receptor de un servicio".

⁵ El proyecto de la Comisión relativo a la Directiva 2000/31/CE del 8 de junio de 2000 (Boletín Oficial C 30, 5.2.1999, 6) relativa al comercio electrónico trataba todavía de reglamentar estos puntos (art. 11). La versión que entró en vigor después no fue tan allá. Más sobre ello en II.2.

⁶ En particular arts. 9, 10, 11 Directiva 2000/31/CE del 8 de junio de 2000 sobre el comercio electrónico, Boletín Oficial L 178 del 17.7.2000.

⁷ Directiva 97/7/CE del 20 de mayo de 1997 relativa a los derechos del consumidor en materia de firma de contratos a distancia, publicada en el Boletín Oficial L 144 del 4.6.1997, 19-27.

⁸ La competencia dentro de la Comisión europea está relacionada con esto. La Directiva fue elaborada por la dirección general 15 competente en materia de mercado interior. La dirección general 24 es competente para las cuestiones de derechos del consumidor. Véase Hoeren, MMR 1999, 192 (193) sobre el punto de vista de la Comisión.

tarea de examinar su derecho contractual en cuanto a los obstáculos de los contratos electrónicos, y de eliminarlos hasta el 1° de enero de 2002. Esto concierne en particular a la regulación de los requisitos formales⁹.

En Alemania, la incorporación de las disposiciones jurídico-contractuales contenidas en la Directiva sobre el comercio electrónico, se prepara actualmente en dos contextos. Mientras que el § 312 e) del proyecto gubernamental para una ley de modernización del derecho de las obligaciones reglamenta la celebración del contrato en línea y las obligaciones específicas de un empresario al negociar por vía electrónica, el proyecto de ley sobre la adaptación de las normas formales del derecho privado y de otras normas al comercio moderno¹⁰ se dedica a la eliminación de los obstáculos que el requisito de forma escrita implica en su configuración actual.

En este trabajo, se tratará de exponer las normas de la Directiva sobre el comercio electrónico y su integración al derecho civil alemán. El tema principal es la contratación por Internet, o sea el acuerdo de carácter negocial. No entrarán en consideración, a pesar de su gran relevancia práctica, aspectos de la defensa del consumidor, en particular la revocación de contratos de venta a distancia.

II. EL CONSENTIMIENTO

1. ¿Declaraciones de voluntad?

No se pone en duda que la declaración hecha a mano y sólo transmitida por medio electrónico sea una declaración de voluntad en el sentido del derecho civil, pues no se distingue de la declaración de voluntad en el sentido de las normas contractuales del Código Civil alemán en cuanto a todos los rasgos objetivos y subjetivos¹¹.

En cambio, no es seguro que deba calificarse como declaración de voluntad la que se produzca de manera automatizada a través de un programa de ordenador y se transmitan por medio electrónico¹², pues en este caso, no hay formación directa de voluntad por lo menos en el momento de la emisión¹³. Estas dudas, sin embargo, se van despejando por dos razones: Primero, la formación de voluntad humana no desaparece totalmente en estos casos; sólo se anticipa al momento de programar el ordenador. Segundo, el receptor de una declaración automatizada llega a tener una confianza en su vigencia jurídica que no se distingue en nada de la confianza en una declaración de voluntad directamente emitida por la persona humana. Por eso, hay que atribuir los efectos de una declaración automatizada a la persona que utiliza el programa; ésta es la opinión de la doctrina dominante¹⁴.

⁹ La consideración 34 de la Directiva 2000/31/CE menciona explícitamente los preceptos formales.

¹⁰ Fecha: 6 de septiembre de 2000.

¹¹ Taupitz/Kritter, JuS 1999, 839.

¹² Un ejemplo es el acuse de recibo automatizado de los pedidos que han llegado, que el vendedor manda por Internet.

¹³ Taupitz/Kritter, JuS 1999, 839 (840).

¹⁴ Taupitz/Kritter, JuS 1999, 839 (840); Scherer/Butt, DB 2000, 1009 (1012) En cuanto a la impugnabilidad de estas declaraciones véase abajo, VI.

Sin embargo, habrá que esperar a ver si esta conclusión se mantiene tan firme como parece actualmente. Al desarrollarse la automatización de las declaraciones de voluntad, los procesos comerciales se distanciarán probablemente cada vez más de la voluntad humana propiamente dicha, en cuanto a tiempo y lugar. Se puede concebir que el modelo contractual en su forma actual se desarrolle junto a esta evolución y deba hallar elementos de carácter jurídicamente vinculante que no existen en los actos contractuales ahora previstos¹⁵. Con la declaración de voluntad, el derecho civil procura un instrumento efectivo sólo mientras se pueda discernir al ser humano como instancia de decisión desde la posición del destinatario. Con la creciente automatización de las transacciones, pueden disminuir el carácter humano de las decisiones y la confianza del sistema judicial en dicho carácter.

2. El "pedido"

El cliente que reacciona ante una *página web* comercial lo hace por clic o por correo electrónico. La Directiva sobre el comercio electrónico denomina a este acto "pedido"¹⁶, lo que implica una modificación terminológica, pues la propuesta de la Comisión Europea preveía el término "aceptación" para el mismo acto. Además, la propuesta hablaba también de la "oferta" de un prestador de servicios. A la Comisión le importaba regular las declaraciones dentro del sistema contractual y, al mismo tiempo, fijar de manera vinculante el momento preciso de la contratación por Internet¹⁷.

Esta intención fue abandonada por la razón de que no existe dentro de la Comunidad Europea ninguna calificación unitaria del contenido de una *página web* comercial. Según la propuesta de la Comisión, una *página web* constituiría ya una oferta contractual. Según la opinión predominante en Alemania, no lo es en la mayoría de los casos; las ofertas en la *página web* de un prestador de servicios se entienden, en la mayoría de los casos, como meras *invitaciones ad offerendum*¹⁸. El cliente es el que realiza la oferta contractual, y no existe recepción hasta que el prestador de servicios acuse recibo. En el derecho alemán esto resulta de la interpretación del contenido de una *página web*¹⁹: usualmente, el empresario quiere examinar, antes de la contratación definitiva, si él mismo puede entregar la mercancía y si quiere contratar con el cliente en cuestión.

¹⁵ En cuanto a la clasificación de los negocios jurídicos en las declaraciones de voluntad y otras acciones de cumplimiento, cfr. Larenz AT, § 18 I.

¹⁶ Arts. 10, 11 de la Directiva 2000/31/CE del 8 de junio de 2000 relativa al comercio electrónico.

¹⁷ Véase en particular la consideración 13 de la propuesta de la Comisión (Diario Oficial C 30, 5.2.1999, 6): "... es necesario aclarar a partir de qué momento debe considerarse firmado un contrato por vía electrónica." La Directiva adoptada ya no contiene este propósito.

¹⁸ Con lo cual no llegan a tener efecto jurídico; cfr. Hoffmann, suplemento a NJW 2001, número 14, 7, sobre el estado actual de la discusión.

¹⁹ §§ 133, 157 del Código Civil alemán.

Sólo cuando el prestador presente en su *página web* explicaciones que permiten, desde el punto de vista de un destinatario objetivo, deducir la existencia de una voluntad de establecer un vínculo jurídico, el contenido de dicha *página web* se puede calificar como oferta en el sentido del Código Civil alemán²⁰. Esto vale sobre todo para los contratos en línea, en sentido estricto²¹, es decir, aquellos que tienen como objeto la descarga de datos por pago con tarjeta de crédito u ofrecen otro servicio inmediato en línea. En estos casos normalmente no se controla la solvencia del cliente²². Cuando se pueda reproducir a voluntad la prestación debida, el control de la propia capacidad de entrega tampoco es necesario²³, por lo que el cliente ya no cuenta con una fase de control suplementaria, sino con poder descargar la oferta en su ordenador en casa tan pronto como haya revelado su número de tarjeta de crédito. Por eso, no hay ninguna razón objetiva para considerar el contenido de una *página web* únicamente como *invitatio ad offerendum*.

Por estas razones, la terminología de la Directiva sobre el comercio electrónico parece acertada. No se puede determinar en general cuándo hay oferta, ni qué declaración de voluntad completa el contrato como aceptación, sino que hay que considerar cada caso en particular. Por eso, el término "pedido" es abierto desde el punto de vista jurídico ya que puede entenderse como oferta o como recepción.

3. El acuse de recibo

Según la Directiva sobre el comercio electrónico, los prestadores de servicios tendrán que confirmar inmediatamente la recepción del pedido del destinatario de los servicios por vía electrónica²⁴.

El acuse de recibo se hará regularmente mediante correo electrónico, que podrá estar automatizado. Según la Directiva, éste puede también consistir en que el prestador de servicios "rinda la prestación en línea"²⁵. Se puede prescindir del acuse de recibo en "los contratos celebrados exclusivamente por intercambio de correo electrónico u otra comunicación individual equivalente"²⁶. Se pue-

de además renunciar a la obligación de acuse entre partes no consumidores. Entonces, el acuse de recibo llega a ser particularmente relevante cuando el consumidor ordena haciendo un "clic" y tiene que ver con la necesidad ya mencionada anteriormente de seguridad jurídica y de protección de los consumidores²⁷.

La calificación del acuse de recibo en el contrato se hace paralelamente a la calificación jurídica del contenido de una *página web*. El acuse de recibo constituye normalmente la aceptación del pedido emitido por el destinatario del servicio. Sólo en los casos en los que se considera el contenido de una *página web* no como *invitatio ad offerendum*, sino como oferta vinculatoria, el pedido del destinatario del servicio ya implica la aceptación. Entonces, el acuse de recibo llega a ser el anexo jurídico ya concluido que ya no tiene el carácter de una declaración de voluntad.

Además de la calificación del acuse de recibo como declaración de voluntad, la importancia jurídica de éste se refiere a, por lo menos, dos aspectos suplementarios: primero, la obligación de acusar la recepción de manera inmediata implica que el cliente, que entrega una oferta al prestador de servicios, ya no puede rehusar recibir la aceptación por el prestador de servicios (§ 151, Código Civil alemán). Esta debe llegar hasta él en forma de acuse de recibo, pues la Directiva tiene carácter imperativo en relación con esto cuando se trate de un contrato en línea que concierna por lo menos a un consumidor.

En segundo lugar, la obligación del prestador de servicios de reaccionar inmediatamente tampoco queda sin consecuencia jurídica: tiene que mandar su acuse de recibo, que constituye la aceptación de la oferta del destinatario de los servicios, sin demora posible. Pero según el Código Civil alemán, la aceptación de una oferta entre ausentes no tiene que efectuarse inmediatamente, sino sólo hasta el momento que se puede exigir "bajo circunstancias normales"²⁸.

Por eso, el acto del prestador de servicios está sujeto a dos reglas temporales diferentes en los casos en los que el acuse de recibo constituye al mismo tiempo la aceptación del pedido: por una parte, hay que tener en cuenta las circunstancias normales, por otra parte, la confirmación tiene que efectuarse sin demora. Las consecuencias jurídicas difieren: si no se cumplen las condiciones del § 142 párrafo 2 del Código Civil alemán, el contrato no está concluido, pues la aceptación tardía supone una nueva oferta²⁹. Un acuse de recibo que no llega inmediatamente, en cambio, no impide la conclusión válida de un contrato. Por el contrario, acarrea consecuencias jurídicas, principalmente en el campo del derecho del consumidor, a las que da lugar la

vo a la ley de modernización del derecho de las obligaciones (9 de mayo de 2001).

²⁷ Según la propuesta de la Comisión, incluso una confirmación suplementaria del destinatario era necesaria, mediante la cual el contrato se firma y tiene vigor. Art. 11 de la propuesta de la Comisión (Boletín Oficial C 30, 5.2.1999, 6). El consumidor debía en todo caso tener la "última palabra" al contratar en línea

²⁸ § 147 párrafo 2 del Código Civil alemán.

²⁹ § 150 párrafo 1 del Código Civil alemán.

²⁰ § 145 Código Civil alemán.

²¹ Se clasificarán como contratos en línea en sentido estricto los negocios que no solo se firman por Internet, sino que también se cumplen a través de la red. Esta realización en línea se produce cuando se puede transmitir el objeto del servicio en la red. En la compraventa, esto sólo es posible cuando se puede digitalizar el objeto de la adquisición (esto es, en particular, en el caso de software y ficheros de datos). Gran parte de estos negocios en línea en sentido estricto se extiende por ello a los servicios, como por ejemplo el acceso a bancos de datos. Para la contratación misma, esta distinción no tiene importancia.

²² Scherer/Butt, DB 2000, 1009 (1012).

²³ También Hoffmann, suplemento a NJW 2001, número 14, 7.

²⁴ Art. 11 párrafo 1 (primer guión) de la Directiva 2000/31/CE; § 312 e) párrafo 1 n° 3 del proyecto del Código Civil alemán, proyecto gubernamental relativo a la ley de modernización del derecho de las obligaciones.

²⁵ Consideración n° 34, Directiva 2000/31/CE.

²⁶ Art. 11 párrafo 3 Directiva 2000/31/CE del 8 de junio de 2000 relativa al comercio electrónico; el § 312 e) párrafo 2 n° 2 proyecto de Código Civil alemán, proyecto gubernamental relativo

violación de las otras obligaciones del prestador de servicios³⁰.

III. ACCESO DE LAS DECLARACIONES

1. Presencia y ausencia

En caso del acceso de las declaraciones de voluntad, el derecho civil distingue si éstas fueron emitidas entre presentes o ausentes. Mientras que la teoría del conocimiento está vigente en el primer caso, el § 130 del Código Civil alemán decide en el segundo caso si la declaración de voluntad está válida³¹. Pero por presencia y ausencia no deben entenderse sólo la presencia y ausencia físicas, como se deduce de la ordenanza del § 147 párrafo 1 del Código Civil alemán, según la cual la declaración de voluntad emitida por teléfono se debe tratar como si fuera emitida entre presentes. Esto se explica por el hecho que las dos características fundamentales de la presencia (la percepción inmediata y la posibilidad de negociar) se cumplen también por teléfono.

En general se puede considerar el contrato concluido por Internet como negocio entre ausentes³², porque se cumplen en este caso las dos características de la expresión de voluntad entre ausentes: ni hay percepción directa de la expresión de voluntad ni existe la posibilidad de negociar sobre el contenido de esta declaración. Sin embargo, se pueden imaginar desarrollos que lleven a una modificación de esta calificación. Si los contratos en línea se concluyen por una comunicación numérica directa, tanto el tipo de percepción como la posibilidad de negociar habla más bien en favor del hecho de que se trata de una declaración de voluntad entre presentes. Un ejemplo es la comunicación electrónica directa por Internet (*chatting*). Es posible que formas de comunicación similares puedan ser aceptadas en el comercio electrónico ya que algunas posibilidades extensas de servicio susceptibles de intere-

³⁰ Las otras obligaciones del prestador de servicios se refieren principalmente a la información que debe ser brindada antes de la contratación y a la entrega del texto del contrato después de la celebración; eventualmente, la indemnización del interés de la confianza (*culpa in contrahendo*) entra en consideración; además de ello, existe la posibilidad de la denuncia por omisión. Más ampliamente sobre este tema bajo IV.

³¹ Además, se hace también una distinción según la materialización de una declaración: él que entrega al prójimo un documento que no se puede apreciar y entender sin más, hace una declaración entre ausentes a pesar de la presencia física, pues no hay posibilidad directa de examinar y de negociar; MünchKomm-Kramer, § 147, número 4. Sin embargo, aplicar la materialización de una declaración de voluntad induce a error en el caso del correo electrónico, pues esta materialización no existe, como está entretanto fuera de discusión en lo que concierne al concepto de documento (§ 126 del Código Civil alemán). No hay motivo para considerarlo de manera diferente cuando se trata del acceso y de la recepción (§§ 130, 147 del Código Civil alemán). Si se aplicara solo la falta de materialización, se debería aplicar la teoría del conocimiento. Pero la declaración de voluntad transmitida por vía electrónica es, mientras no haya posibilidad de reaccionar directamente en línea, una declaración entre ausentes: debe llegar. Así, resulta claro que ni la presencia física del destinatario ni la materialización de la declaración son, solas, criterios concluyentes para una decisión entre teoría del conocimiento y teoría de la recepción. Mucho más determinantes son los criterios en cuanto al contenido de la posibilidad de examinar y negociar una declaración de voluntad (respecto a ello, véase Utsch, DZWir 1997, 466).

³² Cfr. Hoffmann, suplemento a NJW 2001, número 14, 7.

sar a algunos prestadores, están relacionadas con ellas. Tales negocios mediante una comunicación directa vía Internet serán probablemente considerados como contratación entre presentes, en virtud de las posibilidades de percepción y de negociación dadas.

Por esta razón, el Ministerio Federal de Justicia proyecta modificar el Código Civil en este punto. Según el proyecto de ley sobre la adaptación de los preceptos formales del derecho privado al comercio moderno, se insertará en el § 147 párrafo 1 del Código Civil alemán tras las palabras "por medio del teléfono" la expresión "o cualquier otra instalación técnica"³³. Como lo demuestra la argumentación, esta reestructuración pretende extender la ficción de presencia que, hasta ahora, tiene vigencia para el teléfono, a las otras instalaciones técnicas que contribuyen a permitir ofertas "de persona a persona". En particular, las teleconferencias y los *chats* entrarán en esta categoría. Estos se caracterizan por el hecho de que los contratantes potenciales pueden comunicarse entre sí de manera directa y sin demora digna de mencionar, reaccionar enseguida a las declaraciones de la otra persona y, dado el caso, pedir informes. Sin embargo, en caso que falte el carácter inmediato de la comunicación "de persona a persona", por ejemplo en el supuesto del envío de un correo electrónico, la comunicación electrónica pertenece, como hasta ahora, a la regulación del § 147 párrafo 2 del Código Civil alemán y hay que tratarla por consiguiente como intercambio de declaraciones de voluntad entre ausentes³⁴.

2. Llegada en el ámbito de influencia del destinatario

Según la opinión dominante, el acceso de una declaración de voluntad entre ausentes (§ 130, Código Civil alemán) presupone en primer lugar que ésta llegue al ámbito de influencia del destinatario. Resulta muy natural transmitir este modelo a las declaraciones de voluntad que se entregan por vía electrónica y equiparar el buzón electrónico del destinatario con el buzón postal, considerándolo por tanto como el "ámbito de influencia" del destinatario. El hecho de que, a partir de ese momento, resulte posible grabar la noticia en un soporte de datos habla en favor de ello. El buzón electrónico es, como el buzón, un dispositivo de recepción.

Se podría acaso objetar en contra que el servidor en el que se hallan el buzón electrónico del destinatario y el correo electrónico hasta que uno lo extraiga, implica más riesgos que un buzón en casa. Por motivos de defectos técnicos o después de ataques en la red, los servidores pueden "colgarse", lo que no ocurre en el caso de buzones tradicionales. Esto hablaría en el favor de diferir el momento del acceso hasta que se extraiga el correo electrónico

³³ Proyecto de ley relativa a la adaptación de los preceptos formales del derecho privado y de otras normas al comercio moderno (6 de septiembre de 2000).

³⁴ Tal es la argumentación del proyecto de ley relativa a la adaptación de los preceptos formales del derecho privado y de otras normas al comercio moderno (6 de septiembre de 2000).

del servidor. Pero tal solución no parece adecuada, pues el riesgo relativo al servidor del destinatario concierne al ámbito del destinatario: éste tiene que soportar el riesgo.

3. Posibilidad de acusar recibo

La Directiva relativa al comercio electrónico estipula que se debe considerar el pedido y el acuse de recibo como "recibidos" cuando las partes a las que se dirigen pueden "tener acceso a los mismos".³⁵ Esta disposición también resulta de una modificación terminológica: el proyecto presentado por la Comisión no hablaba de "recepción" (no técnica), sino (utilizando el término jurídico) de "recepción", lo que (como ya en el caso de "oferta" y "recibo") servirá para reglamentar la contratación en línea de manera más uniforme para toda la Unión y más clara para el consumidor³⁶.

Pero según la interpretación que prevalece en Alemania, el acceso de una declaración de voluntad (§ 130 párrafo 1 del Código Civil alemán) presupone no sólo que llegue al ámbito de influencia del destinatario, sino además la posibilidad para el destinatario de acusar recibo bajo circunstancias normales³⁷. Sólo el verdadero acuse de recibo lleva, dado el caso, a un acceso instantáneo. Así, existe una discrepancia entre la "recepción" de la Directiva y el acceso del Código Civil alemán. La situación se presenta de manera similar al caso del acuse de recibo por el prestador de servicios, en el que dos normas opuestas se aplican al mismo hecho.

Las diferencias resultan en primer lugar con respecto a las declaraciones de voluntad que llegan al buzón electrónico del destinatario los fines de semana y días festivos. Mientras que la "recepción" de la Directiva sería llevada a cabo en el mismo momento, sólo se podría hablar de acceso según el § 130 párrafo 1 del Código Civil alemán en la mañana del próximo día laborable, pues sólo en este momento se puede usualmente contar con extraer y leer el correo electrónico³⁸. Según la Directiva, el correo electrónico ya "llega" en un día laborable al llegar al buzón electrónico del destinatario, pero según el modelo tradicional del Código Civil alemán habría que establecer una diferencia: si el destinatario es un hombre de negocios, es probable que la entrega equivalga al acceso, aun cuando el destinatario no haya extraído su correo, pues se espera de hombres de negocios que examinen regularmente su correo comercial³⁹. La situación resulta diferente si el destinatario es una persona privada, lo que será probablemente la regla respecto al acuse de recibo mencionado arriba. Un particular no abrirá su correo electrónico durante las horas usuales de oficina, porque normalmente no se encuentra en casa a

esas horas. Pero mientras que la Directiva relativa al comercio electrónico establece la "recepción" del correo electrónico en ese momento, se podría hablar de un "acceso" según los principios mencionados sólo más tarde, a saber como muy pronto en la noche del día laborable⁴⁰.

En el proyecto de ley de modernización del derecho de las obligaciones, en su versión actual, se ha fijado la comprensión tradicional alemana del acceso. El proyecto gubernamental del 9 de mayo de 2001 recoge en el § 312 e) párrafo 1 del proyecto del Código Civil alemán la jurisprudencia relativa al § 130 del Código Civil alemán: se considera que pedido y acuse de recibo han llegado cuando las partes a quienes están destinados "pueden obtenerlos bajo condiciones usuales"⁴¹. Así se evitan dos cosas: en primer lugar, no incumbe al destinatario de un pedido y de un acuse de recibo (trátese de un particular o de un empresario) abrir su buzón electrónico fuera de las horas y costumbres usuales. Pero se conserva, en segundo lugar, la sistemática de la parte general del derecho civil. Una disposición especial sobre el acceso de correo electrónico habría quitado a la parte general algo de su homogeneidad. No se podrá objetar tampoco contra la solución prevista en la ley de modernización del derecho de las obligaciones que la legislación alemana se quede rezagada respecto a la norma europea, pues la Directiva se ha abstenido precisamente de reglamentar el "acceso" tal como fue definido antes⁴². Además, un modelo que imponga a los consumidores y las empresas una disposición a la recepción casi permanente en virtud del simple hecho de que contratan por Internet sería, desde el punto de vista material, un modelo incomprensible.

4. Revocación antes de que se efectúe el acceso

Sin embargo, el atenerse al modelo tradicional del acceso lleva a una ampliación de la posibilidad de revocación del emitente (§ 130 párrafo 1 del Código Civil alemán), pues, en tanto que el acceso se efectúe sólo después de haberse conocido bajo circunstancias normales, se puede revocar el correo electrónico de manera relativamente fácil, a saber transmitiendo otro correo electrónico después del pedido o del acuse de recibo. Esto llevará posiblemente a revitalizar la revocación según el § 130, aunque este tiene cada vez con menos fuerza, debido a las leyes de protección de los consumidores⁴³.

³⁵ Art. 11 párrafo 1 (2º guión) de la Directiva 2000/31/CE del 8 de junio de 2000 sobre el comercio electrónico.

³⁶ Propuesta de la Comisión relativa a la Directiva 2000/31/CE del 8 de junio de 2000 (Diario Oficial C 30, 5.2.1999, 6), Art. 11.

³⁷ BGHZ 67, 271 (275). Palandt/Heinrichs, § 130, número 5. Respecto al correo electrónico véase Taupitz/Kritter, JuS 1999, 839 (841).

³⁸ Taupitz/Kritter, JuS 1999, 839 (842).

³⁹ Taupitz/Kritter, JuS 1999, 839 (841).

⁴⁰ Taupitz/Kritter, JuS 1999, 839 (842), refiriéndose al hecho de que el destinatario tiene usualmente gastos telefónicos al extraer su correo electrónico, incluso parten de que el acceso, en el sentido del § 130 del Código Civil alemán, se efectúa "como muy pronto al día siguiente" cuando se trata de particulares.

⁴¹ En la versión consolidada de la propuesta de discusión del 6 de mayo de 2001 (§ 311 del proyecto del Código Civil alemán), esto era todavía diferente: el acceso del pedido y del acuse de recibo ya habría tenido lugar con su posible extracción, según el precepto allí previsto.

⁴² Pero con esta interpretación, el valor normativo de la norma relativa a la "recepción" (Art. 11 párrafo 1, 2º guión, Directiva 2000/31/CE) se reduce a cero.

⁴³ § 361 a) del Código Civil alemán.

IV. OTRAS OBLIGACIONES DEL PRESTADOR DE SERVICIOS

Además de las disposiciones sobre las declaraciones de voluntad, la Directiva relativa al comercio electrónico estipula otras obligaciones que el prestador de servicios debe cumplir antes y después de la contratación. Antes de la contratación, debe informar a la otra parte contratante potencial, además de los requisitos en materia de información que resulten de las normas vigentes en el campo del negocio a distancia⁴⁴, sobre los pasos técnicos que deben darse para la contratación, sobre el archivo del contrato por parte del prestador, sobre los medios técnicos que el destinatario tiene a su disposición para corregir los errores de introducción de datos, sobre los códigos de conducta a los que el prestador se acoja y, finalmente, sobre las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato⁴⁵. Estas obligaciones en materia de información antes de la contratación encuentran su justificación en la protección de los consumidores. Por esta razón, se puede renunciar a ellas cuando se trata de no consumidores⁴⁶. Además, se requiere típicamente esta aclaración especial antes de la contratación sólo en el caso de la contratación anónima en línea por "clic". Como en el caso del acuse de recibo, la Directiva no incluye por eso aquellos contratos "celebrados exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otra comunicación individual equivalente" entre las obligaciones que tiene el prestador de servicios de informar antes de la celebración del contrato⁴⁷. De esta manera, se beneficiará en particular al contrato que se basa en una oferta del empresario ya transmitida por correo electrónico, que tiene semejanza con el negocio concluido por teléfono o carta⁴⁸.

Después de la celebración del contrato, se debe poner a disposición del destinatario el texto integral del contrato, de tal manera que éste pueda almacenarlo y reproducirlo. Esta norma contribuye menos a defender a los consumidores que a demostrar que hay negocio jurídico y, por lo tanto, seguridad jurídica en el comercio vía Internet; por ello, no se puede divergir de ésta tampoco en el campo comercial⁴⁹. Esta norma está además en vigencia en la comunicación individual⁵⁰, a diferencia de las obligaciones

en materia de información antes de que se efectúe el pedido.

El proyecto gubernamental de ley de modernización del derecho de las obligaciones adopta este catálogo de obligaciones⁵¹. Sin embargo, hay diferencias que resultan del campo de aplicación personal. Así, mientras que la Directiva obliga al "prestador de servicios"; el proyecto gubernamental relativo a la ley de modernización del derecho de las obligaciones, en cambio, pretende obligar al "empresario"⁵²: los requisitos en materia de información de la Directiva van más lejos de lo que la ley de modernización del derecho de las obligaciones prevé, pues, según la Directiva sobre el comercio electrónico, un prestador de servicios es "cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de información"; se incluyen otra vez todos los servicios que se prestan "normalmente a título oneroso, a distancia"⁵³. En cambio, según el derecho alemán, el concepto de empresario presupone una actividad comercial o profesional independiente (§ 14 del Código Civil alemán). Esta actividad tiene un fin lucrativo permanente⁵⁴, mientras que la del prestador de servicios sólo "por regla general". El negocio en línea de una persona privada (por ej. la venta de un coche de ocasión por Internet) hace de éste un prestador de servicios en el sentido de la Directiva, pero no un empresario en el sentido del Código Civil alemán.

En consecuencia, las normas relativas a la disponibilidad de las obligaciones en materia de información precontractual no son totalmente paralelas, ya que el Código Civil alemán y la Directiva sobre el comercio electrónico se basan en conceptos diferentes de consumidor y de empresario⁵⁵. Mientras que uno que ejerce una actividad (no industrial, sino sólo) económica no es consumidor según la Directiva, pertenece absolutamente a la categoría de "consumidor" según el Código Civil alemán. Las personas privadas que persiguen fines comerciales pueden, por consiguiente, renunciar a las obligaciones de informar antes que se celebre el contrato, mientras que el § 312 e) párrafo 2 n° 2 del proyecto del Código Civil alemán sólo concede esta prerrogativa a los empresarios que ejercen una actividad comercial para una empresa o por su propia cuenta en el sentido del § 14 del Código Civil alemán.

Aun cuando esto pueda provocar, a primera vista, situaciones equívocas, lo cierto es que, en lo esen-

⁴⁴ Se trata en particular de las obligaciones inherentes a la venta a distancia según art. 4 párrafo 1 de la Directiva 97/7/CE del 20 de mayo de 1997 relativa a la defensa del consumidor al firmar un contrato de informar sobre la identidad del proveedor, las características esenciales del producto o del servicio, su precio, en el caso dado los gastos de entrega, los detalles concernientes al pago, la entrega y el derecho de revocación.

⁴⁵ Art. 10 párrafo 1 y 2 de la Directiva 2000/31/CE.

⁴⁶ Art. 10 párrafo 3 de la Directiva 2000/31/CE.

⁴⁷ Art. 10 párrafo 4 de la Directiva 2000/31/CE.

⁴⁸ Sin embargo, no debe conducir a su no observancia, consideración 39, Directiva 2000/31/CE.

⁴⁹ Art. 10 párrafo 3 de la Directiva 2000/31/CE.

⁵⁰ Art. 10 párrafo 4 de la Directiva 2000/31/CE. Es probable que este deber de cesión cause ambigüedades en la práctica, pues va más lejos en cuanto al contenido que la inclusión de las condiciones generales de la contratación; pero no puede sustituirlas; dado que hay que incluir a las condiciones generales de la contratación en la fase que precede a la contratación. En el caso de una contratación por Internet, las condiciones generales de la contratación ya deben hallarse en la *página web*, para que lleguen a ser parte integrante del negocio jurídico. Lo mismo

vale para las obligaciones de informar contenidas en el § 2 de la ley sobre la venta a distancia. Ambos no dispensan al prestador de servicios de la obligación de entregar el texto integral del contrato después de la contratación.

⁵¹ Se debe reglar la formalización de las obligaciones de informar por vía reglamentaria, § 312 e) párrafo 1 n° 2 del proyecto de Código Civil alemán junto con art. 241 del proyecto de ley introductora al Código Civil alemán, mientras que la obligación de entregar el texto del contrato después de la contratación está incluida en el § 312 e) mismo del proyecto del Código Civil alemán (párrafo 1 n° 4).

⁵² § 312 e) párrafo 1 del proyecto del Código Civil alemán. Esta distinción vale, por lo demás, también para la obligación de acusar recepción expuesta arriba (II.3).

⁵³ Consideración 17, Directiva 2000/31/CE. Véase arriba, nota explicativa 4.

⁵⁴ Palandt/Heinrichs, § 14, número 2.

⁵⁵ §§ 13, 14 del Código Civil alemán, art. 2 e) de la Directiva 2000/31/CE.

cial, ambos modelos son compatibles y no tan diferentes, pues el proyecto gubernamental relativo a la ley de modernización del derecho de las obligaciones no somete a la persona privada que persigue fines comerciales a la obligación de informar, por lo cual, lógicamente, este proyecto no debe prever ninguna excepción a estos requisitos. La restricción mínima de la obligación de informar no está en contradicción con el objetivo principal de la Directiva, el principio de facilitación; al contrario, se facilita la contratación electrónica. Tampoco la suposición de que las obligaciones de informar mencionadas en la Directiva relativa al comercio electrónico persiguen objetivos referidos al derecho del consumidor lleva al mismo resultado, pues el caso de la persona privada, para el cual la ley de modernización del derecho de las obligaciones no prevé la obligación de informar, no se caracteriza por una necesidad de protección del consumidor especial frente al empresario, dado que el prestador mismo es persona privada y no empresario. Una compatibilidad terminológica completa con la norma de la Directiva habría finalmente tenido como consecuencia un precio sistemático relativamente alto: esta compatibilidad habría sólo sido posible con una restricción del concepto del consumidor o una extensión del concepto del empresario para los contratos electrónicos.

Por lo demás, resulta interesante establecer las consecuencias jurídicas de una violación de las obligaciones mencionadas o de la obligación tratada arriba⁵⁵ de enviar un acuse de recibo inmediatamente. La nulidad del contrato (la que se podría por lo menos imaginar) iría demasiado lejos. Una información insuficiente antes de la firma de un contrato origina la pretensión de indemnización, otros derechos de garantía⁵⁷, la impugnabilidad de la declaración de voluntad del cliente⁵⁸ o el derecho del consumidor la prolongación del plazo de revocación⁵⁹, pero no provoca la nulidad del contrato estipulada por la ley. La nulidad imperativa tendría también como consecuencia que los contratos entre consumidores estén sujetos a otros requisitos de impugnación que los actos jurídicos realizados entre empresarios pues, por lo menos, los requisitos de información son, como acabamos de describir, facultativos en el ámbito estrictamente comercial. No existe ningún motivo para tal discriminación fundamental.

Según los planes del Ministerio Federal de Justicia, la violación de las obligaciones empresariales no implicará la nulidad del contrato, sino la consecuencia jurídica típica del derecho del consumidor: el plazo para el derecho de revocación que tiene el consumidor en virtud de las regulaciones relativas a la venta a distancia empezará con el cumplimiento de las obligaciones mencionadas⁶⁰.

⁵⁵ Bajo II.3.

⁵⁷ Así según el § 463 del Código Civil alemán o los principios de la *culpa in contrahendo*.

⁵⁸ §§ 119, 123 del Código Civil alemán.

⁵⁹ Así según el § 3 de la ley sobre la venta a distancia, § 7 párrafo 2 de la ley sobre crédito al consumo, § 2 de la ley sobre contratos firmados fuera de los establecimientos mercantiles.

⁶⁰ § 312 e) párrafo 3 del proyecto del Código Civil alemán, proyecto gubernamental de una ley sobre la modernización del derecho de las obligaciones.

Aparte de ello, se pueden producir otras consecuencias jurídicas⁶¹, pues las obligaciones de informar al consumidor antes de que se celebre el contrato (salvo la obligación de transmitir el texto del contrato después de su firma) son obligaciones subsidiarias que hay que cumplir antes de contratar. Su violación puede sostener jurídicamente la pretensión de obtener una indemnización por *culpa in contrahendo*, según se establece en la ley de modernización del derecho de las obligaciones⁶². La consecuencia jurídica es la indemnización por los daños sufridos por causa de la confianza, por lo menos cuando el que pretende anular el contrato y que tiene derecho a recibir ciertas informaciones, no lo habría firmado de haber contado con dicha información⁶³. Pero, dentro del ámbito de las consecuencias jurídicas se deben diferenciar, por esta razón, las diferentes obligaciones ya que mientras que una información insuficiente sobre el modo de la celebración del contrato y sobre la corrección de errores de manipulación puede tener influencia sobre la formación de la voluntad antes de la celebración y así ser causa para la celebración del contrato, ello resulta apenas imaginable en relación con la información sobre los idiomas utilizados, si el prestador archiva el contrato o no y sobre los códigos que éste observa⁶⁴. Según las reglas de la *culpa in contrahendo* sólo se podrá anular el contrato si la violación de la obligación de informar que tiene el prestador de servicios se aplica al cumplimiento técnico del contrato o a la puesta a disposición de posibilidades para corregir los errores de manipulación. La razón es el criterio de causalidad.

Según el concepto del Ministerio Federal de Justicia, las violaciones de las obligaciones del prestador de servicios pueden además justificar la posibilidad de ejercitar una acción de omisión por infracción de las normas contra la competencia desleal⁶⁵ como del proyecto de ley sobre las acciones de omisión⁶⁶. Dado que el prestador se procura por lo menos una ventaja competitiva de forma ilegítima por la inobservancia de la obligación de informar, una violación sistemática de las obligaciones de informar, constituye normalmente también una infracción contra los principios de la competencia leal. La inobservancia de las obligaciones del empresario constituye además una violación del derecho del consumidor, lo que justifica una pretensión omisional según el proyecto de ley sobre las acciones de omisión⁶⁷. Según

⁶¹ Sobre la impugnabilidad por motivo de información insuficiente antes de la contratación, véase abajo, VI.

⁶² § 311 párrafo 2 del proyecto del Código Civil alemán, proyecto gubernamental relativo a la ley de modernización del derecho de las obligaciones (9 de mayo de 2001).

⁶³ Grigoleit, WM 2001, 597 (598). El proyecto de discusión sobre la ley de modernización del derecho de las obligaciones (4 de agosto de 2000, versión consolidada del 6 de marzo de 2001) decretaba que la violación de deberes del prestador de servicios no tenga como consecuencia que el contrato en línea llegue a ser ineficaz. Esto habría estado por lo menos en una cierta contradicción con la rescisión del contrato según el § 249 del Código Civil alemán en relación con la *culpa in contrahendo*.

⁶⁴ Sobre este tema cfr. Grigoleit, WM 2001, 597 (602).

⁶⁵ § 13 UWG.

⁶⁶ § 2.

⁶⁷ Cfr. la argumentación relativa al proyecto gubernamental sobre la ley de modernización del derecho de las obligaciones (nota explicativa 1), 401.

el § 2 párrafo 2 del proyecto de la ley sobre las acciones de omisión, se sancionará tal violación contra las obligaciones estipuladas por la Directiva relativa al comercio electrónico con una acción de asociación por actos desleales.

V. FORMA

Ya hemos aludido antes al cometido fundamental inherente al principio de la facilitación: se deben equiparar los contratos que se celebran por vía electrónica con los otros contratos⁶⁸. El legislador alemán pretende satisfacer este cometido sobre todo mediante la introducción de la forma electrónica⁶⁹, pues no se puede mantener el principio de escritura en su forma actual utilizando Internet⁷⁰. Requiere un documento y los documentos necesitan una forma material⁷¹. Este requisito tiene como consecuencia que una declaración tiene que hallarse en un soporte concreto, delimitado en el espacio, desde el cual se puede acceder a éste. Por cierto, se puede satisfacer por lo menos la exigencia de materialización al grabar una declaración numérica de ambas partes en un medio de almacenamiento de datos como el disco rígido o un disquete. Pero no se cumple la exigencia de "percibibilidad desde sí mismo". Para poder acceder a documentos electrónicos siempre se necesita otro medio técnico, a saber por lo menos una pantalla o una impresora.

Por esta razón, el legislador proyecta añadir un nuevo párrafo al actual § 126 del Código Civil alemán. Se expresará como sigue: "La forma electrónica puede sustituirse por la forma escrita si la ley no dice otra cosa." Así, se podrá en el futuro mantener la forma escrita también utilizando la forma electrónica; ello requiere una firma numérica fiable⁷².

Esta firma numérica funciona con una pareja clave electrónica basada en un elemento público y uno privado. Mediante la clave privada, se puede elaborar una firma electrónica para cada fichero de datos, en el cual las características principales del documento están codificadas. Al firmar, esta clave privada provoca el cálculo de un valor matemático, el valor llamado "hash". De esta manera, el contenido y la firma de los documentos numéricos están inseparablemente unidos como en los documentos de papel. El destinatario recibe la clave pública juntamente con el documento firmado numéricamente.

⁶⁸ Art. 9 párrafo 1 de la Directiva 2000/31/CE del 8 de junio de 2000 sobre el comercio electrónico.

⁶⁹ Esto debe ocurrir mediante el futuro § 126 párrafo 3 del Código Civil alemán.

⁷⁰ § 126 del Código Civil alemán.

⁷¹ Véase por ejemplo Larenz, AT, § 21 I.

⁷² Según el proyecto de prescripción del § 126 a) del Código Civil alemán, se debe conservar la forma electrónica añadiendo el nombre y una firma electrónica fiable. La legitimación de la forma electrónica tiene que continuar automáticamente en el proceso civil. Por ello, legalmente se debe presumir su autenticidad en el futuro. El cumplimiento de las condiciones necesarias para la ley sobre la firma equivale a una primera apariencia para la autenticidad de un documento. (§ 292 a del proyecto de CPC, proyecto de ley sobre la adaptación de los preceptos formales del derecho privado y otros preceptos al comercio electrónico; 6 de septiembre de 2000). No abordaremos las ventajas y desventajas de esta apariencia legalmente fijada.

Con esta clave pública, que cada uno puede ver, se puede controlar el valor hash. Si los valores concuerdan, se comprueban dos cosas: en primer lugar, que el documento fue firmado por la clave privada del remitente, y en segundo lugar, que el documento no conoció modificaciones después de haber sido firmado⁷³. Unas oficinas de certificación, que distribuyen la pareja clave después de una constatación de identidad, asumen la responsabilidad que la firma numérica sea realmente del autor del documento.

La cuestión de saber si la firma electrónica satisface también las funciones de la forma escrita tradicional, en particular la función de autenticidad y la de aviso, debe ser objeto de discusión⁷⁴. Por una parte, es posible naturalmente que terceras personas entren en posesión de la tarjeta electrónica con la clave privada y lleguen a conocer el número secreto. Pero también ocurre que se falsifique la firma personal tradicional de una forma que no se puedan, o sólo con esfuerzo considerable, reconocer las imitaciones. En cambio, el factor tiempo es sustancial, pues la función de autenticidad y de verificación en el momento de la firma se conserva en efecto con gran seguridad; pero es de temer que, en el futuro, la descodificación de documentos que fueron escritos ahora resultará relativamente fácil en virtud de los progresos técnicos. Sin embargo, se tendrá que verificar la autenticidad de documentos (por ejemplo en virtud del deber de conservación jurídico-mercantil) justamente también en el futuro. Respecto a ello, la forma electrónica no se puede comparar a la forma escrita⁷⁵.

La forma electrónica tampoco cumple la función de aviso de la misma manera que la forma escrita. Al firmar un documento electrónicamente se produce una cierta clase de protección contra la precipitación, debido a que el firmante tiene, en primer lugar, que elaborar el documento en cuestión para luego introducir su tarjeta electrónica e introducir su número secreto. A ello se añade el proceso de firma propiamente dicho, que se activa en el software por una función correspondiente. En último lugar, tiene que efectuarse el envío electrónico de la declaración. También se debe lograr que el otorgante del certificado se comprometa a llamar la atención del poseedor de claves cuando éste las solicita por el hecho de que una firma electrónica tiene las mismas consecuencias que la firma personal en el comercio jurídico. Además, se entregará una instrucción al solicitante y éste deberá certificar por firma separada que tomó nota de ella. A pesar de todo, se debe tomar en cuenta que la forma escrita cumple su función de aviso también porque está arraigada desde hace muchos años en la conciencia jurídica de la población. Además, la forma escrita, en tanto que acto real, comporta también un elemento de

⁷³ En relación con este tema, véase más extensamente Hoffmann, suplemento a NJW 2001, número 14, 13.

⁷⁴ Con la firma electrónica, se conserva la función de contratación de forma más segura que con medios tradicionales, pues modificaciones ulteriores en un texto tendrían automáticamente como consecuencia modificaciones del valor y serían así inmediatamente reconocibles, Sieber/Nöding, ZUM 2001, 199 (204).

⁷⁵ También en Sieber/Nöding, ZUM 2001, 199 (204), Redeker, CR 2000, 455 (458).

aviso: el declarante entrega el documento firmado en la mano del destinatario y se deshace por lo tanto de un objeto real. Un proceso equivalente a éste no tiene lugar en el caso de la firma electrónica (en tanto que "virtual").

Por razón de estos defectos de la firma electrónica, la Directiva relativa al comercio electrónico tolera excepciones al principio de facilitación tratado arriba⁷⁶, una posibilidad a la cual la legislación alemana recurrirá⁷⁷. Así, el proyecto de ley sobre la adaptación de formas al comercio moderno determina que se excluye la forma electrónica tanto para poner fin a contratos de trabajo mediante preaviso o disolución del contrato como para poner un plazo a éstos⁷⁸. En Alemania, este principio de escritura para preavisos, contratos de disolución y condición de plazo de contratos de trabajo sólo está regulado por ley desde el 1 de mayo de 2000. Este requisito sirve para prevenir que el trabajador renuncie precipitadamente a su empleo. Los contratos de disolución precisamente habían llegado a ser cada vez más un medio propio para poner término al empleo en lugar del preaviso. Motivado por ello, el Ministerio Federal de Justicia prescinde de confrontar otra vez al trabajador con la forma electrónica, ya que la forma escrita se acaba de adoptar.⁷⁹ Respecto a esto, el aspecto central es que la forma electrónica no cumple suficientemente bien la función de aviso. En la vida profesional, hay que añadir que los documentos relativos a los preavisos, a los contratos de disolución y a la condición de plazo de empleos sirven normalmente para exhibir en la administración o presentar nuevas solicitudes. También se puede conceder un certificado sólo en forma escrita, no por vía electrónica⁸⁰. Para el Ministerio Federal de Justicia, decisivo fue el hecho de que un certificado suele tener importancia para solicitudes posteriores.

Otros contratos que se quieren excluir del dominio de los negocios susceptibles de celebrarse electrónicamente son las fianzas y los reconocimientos abstractos de deuda⁸¹. Por último, tampoco se pueden celebrar por vía electrónica los contratos de crédito al consumo⁸².

⁷⁶ También en Sieber/Noding, ZUM 2001, 199 (204), Redeker, CR 2000, 455 (458).

⁷⁷ El proyecto de ley de adaptación de los preceptos formales al comercio moderno contiene cada vez la misma formulación para los §§ 623, 630, 766, 780, 781 del Código Civil alemán, que necesitan nueva redacción, además para el § 4 de la ley sobre crédito al consumo, el § 3 de la ley sobre el time-sharing y para el § 2 párrafo 1 frase 2 de la ley de comprobación: "Se excluye la forma electrónica".

⁷⁸ § 623 del proyecto del Código Civil alemán, proyecto de una ley sobre la adaptación de los preceptos formales del derecho privado y otros preceptos al negocio jurídico moderno (6 de septiembre de 2000)

⁷⁹ Véase la argumentación relativa al § 623 de proyecto del Código Civil alemán, proyecto de una ley sobre la adaptación de los preceptos formales del derecho privado y otros preceptos al comercio moderno (6 de septiembre de 2000).

⁸⁰ Así el proyecto § 630 frase 3, proyecto de Código Civil alemán, en el proyecto de una ley sobre la adaptación de los preceptos formales del derecho privado (6 de septiembre de 2000).

⁸¹ §§ 766, 780, 781 del Código Civil alemán.

⁸² § 4 párrafo 1 frase 3 del proyecto de ley sobre crédito al consumo, proyecto de una ley sobre la adaptación de los preceptos formales al derecho privado. El fundamento jurídico para ello es el artículo 4 párrafo 1 de la Directiva sobre crédito al consumo (87/102/CEE). También la Directiva sobre el comercio electrónico no pretende mantener "el nivel de protección introducido por la acta del derecho comunitario, en particular en el

VI. IMPUGNACION

La declaración de voluntad que se entrega y transmite electrónicamente corresponde también a la declaración de voluntad tradicional en tanto que se la puede impugnar según el § 119 párrafo 1 del Código Civil alemán por causa de error en el contenido o error en la declaración⁸³. Si el remitente por ejemplo se equivoca al escribir cuando entrega la declaración, hay un error en la declaración, como cuando una persona escribe incorrectamente o se equivoca al hablar⁸⁴. Lo mismo vale en el caso del error al clicar, lo que ocurre rápidamente cuando uno compra en línea⁸⁵.

Junto a ello, habrá casos donde el consumidor no se da cuenta de que está entregando una declaración de voluntad por Internet, con lo cual le falta la conciencia de declaración. Ello con frecuencia se debe a una violación de las obligaciones que tiene el prestador de servicios de informar antes de que se celebre el contrato⁸⁶, en particular con respecto al cumplimiento técnico del contrato. Debido a la declaración por negligencia de la parte del usuario, la mayoría de estas declaraciones no constituirán declaraciones de voluntad⁸⁷. Pero en caso de que la declaración de voluntad sea válida en virtud de la declaración por negligencia imputable al usuario, debe considerarse la posibilidad de impugnación de la misma, por aplicación analógica del § 119 Código Civil alemán. En estos casos, conviene liberar al usuario de su obligación indemnizatoria según el § 122 del Código Civil alemán, pues la ley imputa al prestador, en virtud de las obligaciones que tiene, la responsabilidad por el error del usuario⁸⁸.

En principio, no existe en cambio derecho de impugnación en el caso ya mencionado sucintamente arriba⁸⁹ de las declaraciones hechas por ordenador, pues con tal que la entrada para calcular la fecha o el contenido de una declaración de voluntad sean erróneos, se podrán probablemente aplicar los principios desarrollados en relación al error matemático. En caso que el modo de cálculo no llegue a formar parte de la declaración (y hay casi que excluir una tal inclusión en el caso de declaraciones hechas por ordenador) una impugna-

campo de la salud pública y los derechos del consumidor". La Directiva sobre crédito al consumo (87/102/CEE) incluye expresamente este nivel de protección; véase consideración 11 de la Directiva 2000/31/CE.

⁸³ La significación práctica de la impugnación de las declaraciones de voluntad transmitidas electrónicamente seguirá siendo insignificante, pues el comercio electrónico pertenece regularmente al ámbito de la ley sobre la venta a distancia y el derecho de oposición mencionado allí depende de la existencia de una razón particular, ni tiene por consecuencia un derecho a indemnización; véase Hoffmann, suplemento a NJW 2001, número 14, 8.

⁸⁴ § 119 párrafo 1 del Código Civil alemán.

⁸⁵ Hoffmann, suplemento a NJW 2001, número 14, 8. La relevancia de un error al clicar también es insignificante, pues evitar este error ya sirve a la posibilidad incluida en la Directiva sobre el comercio electrónico, posibilidad obligatoria para corregir el pedido antes de transmitirlo.

⁸⁶ Más sobre este tema arriba, IV.

⁸⁷ Sobre la imputación de declaraciones de voluntad que fueron entregadas sin conciencia de declaración, véase MunchKomm-Kramer, antes del § 116, número 13.

⁸⁸ Detalles sobre este tema en Grigoleit, WM 2001, 597 (602).

⁸⁹ Arriba, II.1

ción en virtud de una programación errónea no queda descartada⁹⁰.

Por último, el Ministerio Federal de Justicia proyecta reemplazar en el § 120 del Código Civil alemán la palabra "entidad oficial" (*Anstalt*) por el concepto más amplio de "institución" (*Einrichtung*)⁹¹. De esta manera, se adapta el motivo de impugnabilidad de la transmisión errónea a las nuevas técnicas de comunicación. Mientras que la versión tradicional del Código Civil alemán, hablando de "entidades oficiales" pensaba sobre todo en el correo como medio de transmisión, los casos de transmisión electrónica errónea también tendrán derecho a una

impugnación en el futuro. La condición necesaria para ello es, según la sistemática tradicional del § 120 del Código Civil alemán, que la declaración de voluntad sea alterada entre su emisión y la entrada en el ámbito de influencia del destinatario. La razón de esta alteración es insignificante. Tanto los defectos técnicos como las intervenciones deliberadas de terceras personas pueden entrar en consideración. Sin embargo, según el § 122 del Código Civil alemán, el impugnante tiene que restituir la pérdida de la confianza al destinatario. Una modificación en cuanto al contenido de la situación jurídica no resultará de ello⁹².

⁹⁰ Tribunal regional de Francfort del Meno, sentencia del 28.2.1997, CR 1997, 738 (739).

⁹¹ Proyecto de una ley sobre la adaptación de los preceptos formales del derecho privado y otros preceptos al comercio moderno (6 de septiembre de 2000).

⁹² Cfr. Hoffmann, suplemento a NJW 2001, número 14, 9.

TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

Cuestiones de derecho transitorio en los Juzgados de Primera Instancia tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil

Francisco GARCIA ROMO

I. INTRODUCCION

La entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, no supone una reforma más de las muchas que a lo largo del tiempo han venido jalonando el devenir del proceso civil, sino que se puede decir que constituye una auténtica refundación del mismo, sobre bases coincidentes en unos casos pero muy diferentes en otros de las que sostenían dicha institución en la vieja ley de 1881, y producirá además un cambio en hábitos e inercias petrificados por el transcurso de décadas, con el consiguiente esfuerzo de adaptación de los operadores jurídicos. Se establecen nuevos procedimientos en sustitución de los antiguos, se subsanan lagunas importantes de que adolecía la legislación decimonónica y se prevé la incorporación al funcionamiento de los Juzgados y Tribunales de las nuevas tecnologías.

Evidentemente, en un proceso de transición de tal envergadura son muy numerosos y variados los problemas de Derecho Transitorio que pueden presentarse. En este trabajo veremos las líneas generales que para solventarlos se establecen en las Disposiciones Transitorias de la LEC 2000, y, sin pretensiones de exhaustividad, trataremos sobre la posible solución de las cuestiones concretas que con más frecuencia se están planteando en la práctica en los órganos jurisdiccionales de primera instancia.

II. CRITERIOS GENERALES

El artículo 2.3 del Código Civil consagra el principio general de irretroactividad de las leyes, al establecer que "no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario". Principio que es, desde luego, aplicable a las leyes procesales; así, el artículo 2 de la LEC-2000 dispone:

"Salvo que otra cosa se establezca en disposiciones legales de Derecho transitorio, los asuntos que correspondan a los tribunales civiles se sustanciarán siempre por éstos con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas".

Dicho de otra forma, los actos procesales se sujetan a la norma procesal que esté vigente en el mo-

mento en que se realizan, conforme a la máxima *tempus regit actum*, si bien puede disponerse en normas de Derecho Transitorio la retroactividad de la ley procesal, de forma que podrá además, en aplicación de esa regulación específica, afectar a situaciones o efectos procesales nacidos de la regulación anterior. Respecto de esto último hay, sin embargo, un límite infranqueable: el establecido en el artículo 9.3 de la Constitución, que proclama la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

En lo que a la LEC-2000 se refiere, los problemas de Derecho intertemporal afectan únicamente a los procesos que se encontraran en tramitación el día 8 de enero de 2001, fecha de su entrada en vigor, únicos a los que va referida la regulación de sus siete Disposiciones Transitorias. Los procesos ya concluidos por resolución firme anterior a dicha fecha, tramitados lógicamente conforme a la LEC-1881, no pueden ser revisados a la luz de la nueva ley; y los que se inicien con posterioridad se regirán desde luego por la LEC-2000, sin perjuicio de que, en virtud de la autonomía funcional del Derecho Procesal respecto del Derecho sustantivo, en las resoluciones que se dicten pueda ser necesaria la aplicación de normas sustantivas ya derogadas¹.

En relación con esos procesos pendientes a la entrada en vigor de la nueva ley, tres podían ser las soluciones a adoptar: 1) Aplicar las nuevas normas a todos los actos que se realicen en dichos procesos a partir del 8 de enero de 2001. 2) Mantener la unidad de tramitación, aplicando la ley vigente en el momento en que se iniciaron, esto es, la de 1881, hasta su terminación en firme. 3) Como criterio intermedio, aplicar la ley antigua hasta un determinado momento procesal, generalmente la terminación de la instancia, y la ley nueva a partir de entonces.

La primera de las soluciones expuestas presenta numerosos inconvenientes, derivados de la radical innovación que introduce la LEC-2000 en la regulación de los procesos, tanto declarativos como especiales. Sería necesario un fatigoso trabajo comparativo para establecer relaciones de equivalencia entre los procedimientos antiguos y los nuevos y entre las fases de tramitación de unos y otros, con

¹ Vid., en este sentido, las Disposiciones Transitorias Primera y Cuarta del Código Civil.

el fin de realizar adecuadamente el engarce. La segunda solución elude esos problemas, pero provocaría la coexistencia de dos códigos procesales durante un largo período de tiempo, lo que no se considera aconsejable. Por ello el legislador ha optado por el último de los criterios expuestos, como hizo también en 1881 respecto de la legislación anterior, de forma que los procesos que nos ocupan continuarán tramitándose por la ley antigua hasta que se dicte sentencia en la instancia en que se encuentren, y por la ley nueva para las actuaciones posteriores. Ahora bien, se prevé, como veremos, la aplicación inmediata a los procesos antiguos de las normas de la nueva ley en materia de recursos contra resoluciones interlocutorias y medidas cautelares, y en el caso de los juicios ejecutivos de los artículos 1429 y ss. de la ley de 1881 se dilata la aplicación de la legislación derogada más allá de la primera instancia.

Por último diremos que, como subraya Valls Gombau², las normas de Derecho Transitorio de la nueva ley tienen carácter imperativo, de *ius cogens*, por lo que quedan sustraídas a la disponibilidad de las partes, que no pueden optar por la aplicación de la ley antigua o de la nueva, a diferencia de lo que sucedía en parte en la ley de 1881.

III. PROCESOS DECLARATIVOS

La situación de los procesos declarativos que se encontraban en trámite en los Juzgados de Primera Instancia el 8 de enero de 2001 aparece regulada en la Disposición Transitoria Segunda de la LEC-2000, que dice así:

“Salvo lo dispuesto en la disposición transitoria primera, los procesos de declaración que se encontraren en primera instancia al tiempo de la entrada en vigor de la presente Ley se continuarán sustanciando, hasta que recaiga sentencia en dicha instancia, conforme a la legislación procesal anterior. En cuanto a la apelación, la segunda instancia, la ejecución, también la provisional, y los recursos extraordinarios, serán aplicables las disposiciones de la presente Ley”.

La DT 1ª se refiere al régimen de recursos contra resoluciones interlocutorias, del que trataremos en el siguiente epígrafe.

En las Disposiciones Transitorias Tercera y Cuarta se establecen normas equivalentes para los asuntos que se encuentran en segunda instancia y en casación, si bien, dado que he limitado el alcance de este trabajo a los problemas que se plantean en los órganos jurisdiccionales unipersonales, sólo serán objeto de estudio en lo que a la ejecución provisional se refiere.

Examinemos por separado algunas de las cuestiones que se suscitan en relación con el contenido de la DT 2ª.

a) Alcance de la expresión “procesos de declaración”

Dada su generalidad hay que entender que comprende tanto los procesos declarativos ordinarios como los declarativos especiales contenidos en la regulación de la LEC-1881, a excepción del juicio ejecutivo (en el caso de que lo conceptuemos como un proceso declarativo especial), al que se dedica específicamente la Disposición Transitoria 5ª.

b) Momento de iniciación del proceso

Para determinar la fecha de iniciación del proceso, y en consecuencia la ley aplicable a su tramitación, hay que atender al momento de interposición de la demanda, no al de su reparto ni al de su admisión a trámite. Así se deriva del artículo 410 LEC-2000, conforme al cual la litispendencia se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida. En consecuencia, es correcta la tramitación conforme a la ley antigua de las múltiples demandas registradas el 5 de enero de 2001, aun cuando fueran turnadas y admitidas a trámite estando ya en vigor la nueva ley, cuestión que en cualquier caso no suscitó demasiadas dudas en su momento.

c) Terminación de la primera instancia mediante auto

A pesar de que la DT 2ª hace referencia únicamente a la sentencia de primera instancia como punto de inflexión en lo que a la normativa aplicable al proceso se refiere, parece evidente que deberá seguirse el mismo criterio en aquellos casos en que la primera instancia termine mediante auto. Así, por ejemplo, si en un procedimiento de menor cuantía incoado antes del 8 de enero de 2001 el demandado alega en su escrito de contestación que al asunto le correspondía la tramitación del juicio de mayor cuantía y el juez así lo declara mediante auto en el curso de la comparecencia previa (art. 693.1ª.2 LEC-1881), habiendo sido dictada dicha resolución con posterioridad al 7 de enero, el recurso de apelación contra la misma deberá sujetarse a la normativa de la nueva LEC, a pesar de que ello no esté previsto ni en su DT 1ª (que se refiere a las resoluciones interlocutorias o no definitivas) ni en la 2ª (que se refiere a sentencias de 1ª instancia), siendo sin embargo aplicable esta última por analogía.

d) Normas del Código Civil relativas a la prueba

En los procesos tramitados conforme a la LEC 1881 cabe preguntar si serán aplicables los preceptos del Código Civil relativos a la prueba y “carentes de otra relevancia que la procesal” (por usar las palabras de la Exposición de Motivos de la LEC-2000), preceptos que quedaron derogados el 8 de enero de 2001 en virtud del número 1º del segundo párrafo de la Disposición Derogatoria Única de la

² José Francisco Valls Gombau: “El régimen de las normas de Derecho Transitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000”, en el número 5196 de *La Ley*, pág. 2.

LEC-2000. Creo que el juez sí debe tener presentes en el momento de dictar sentencia los referidos a la valoración y carga de la prueba (arts. 1214, 1232, 1248, etc.), por razones de seguridad jurídica y evitación de una posible aplicación retroactiva no autorizada de la LEC-2000 (que se produciría si la prueba se practicó antes del 8 de enero). Más dudas se plantean en relación con las normas reguladoras de la práctica de la prueba; por ejemplo, las relativas a la inhabilidad de los testigos por disposición de la ley, que no tienen correlato en la nueva LEC. ¿Podrá, por ejemplo, prestar testimonio en un juicio de menor cuantía, en la actualidad (mayo de 2001), el cónyuge de uno de los litigantes? En mi opinión, dado que estos juicios han de seguir tramitándose conforme a la *legislación procesal anterior* (DT 1ª), en la que han de entenderse incluidos los ya derogados artículos 1245 y 1246 del Código Civil, la respuesta debe ser negativa.³

e) Nulidad de actuaciones

Como ya hemos visto, una vez dictada sentencia (o auto definitivo) en primera instancia en los procesos que se encontraban en esa fase a la entrada en vigor de la nueva LEC, el recurso de apelación y la segunda instancia se sustancian ya con arreglo a la nueva normativa. Pero puede suceder que la Audiencia Provincial decreta una nulidad de actuaciones y mande reponer éstas al momento en que se cometió la infracción determinante de dicha nulidad, o en que dicha infracción es susceptible de subsanación; por ejemplo, se aprecia una falta de litisconsorcio pasivo necesario y se ordena reponer las actuaciones al momento de la comparecencia previa en un juicio de menor cuantía. Se plantea entonces la duda de si la tramitación ha de continuar con arreglo a la LEC-1881 o, habiéndose aplicado ya en ese proceso la LEC-2000, no resulta posible ese "viaje de ida y vuelta". Cachón Cadenas⁴ se decanta por la primera de estas opciones, al considerarla la más favorable para el derecho de defensa de las partes y la que provoca menos complicaciones procedimentales, criterio que compartimos porque, además, es el más ajustado al tenor de la Disposición Transitoria 2ª. Claro que si la nulidad afecta a todo el proceso, el que en su caso se inicie sobre el mismo objeto deberá sujetarse a la nueva LEC.

f) Normas de la LEC-2000 relativas a cuestiones no reguladas en la LEC 1881

³ Claro que la DT 3ª, relativa a los procesos de declaración que se encontraran en segunda instancia al tiempo de la entrada en vigor de la nueva LEC, señala que se sustanciarán hasta sentencia con arreglo a la *Ley anterior*. Sin embargo, no es predicable una interpretación literal de esta Disposición 3ª, que excluiría, además de los preceptos de carácter procesal contenidos en el Código Civil, otros muchos, comenzando por el Decreto de 21 de noviembre de 1952, por el que se regula el juicio de cognición.

⁴ Manuel Cachón Cadenas: "De la antigua a la nueva Ley de Enjuiciamiento: régimen transitorio de los juicios civiles", J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, pág. 70.

Se plantea la duda relativa a si en los procesos "antiguos" pueden aplicarse normas de la nueva LEC que regulen cuestiones o incidencias no previstas en la antigua LEC. La doctrina parece inclinarse por una respuesta afirmativa, de forma que, por ejemplo, si en el curso de uno de estos procesos se produce la carencia sobrevenida de objeto por satisfacción extraprocesal o por cualquier otra causa, podría acudir a lo dispuesto en el artículo 22 LEC-2000, que carece de equivalente en la LEC-1881 (salvo, parcialmente, en materia de desahucio por falta de pago, art. 1563); o, si las partes solicitan la suspensión, sería aplicable la regulación que se establece en los artículos 19.4 y 179.2 LEC-2000, que supone también una novedad en relación a la ley antigua.⁵

Lo que no cabe en ningún caso, entiendo, es la aplicación de la normativa establecida en la nueva LEC en materia de multas por conductas producidas antes de su entrada en vigor, aun cuando se trate de procesos que sigan pendientes en el momento de imposición de la sanción, pues ello atentaría contra el principio constitucional de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. De esta forma, por poner un ejemplo, las conductas contrarias a la buena fe procesal sólo podrán ser merecedoras de las multas previstas en los artículos 247.3 y 286.4 si se han producido con posterioridad al 7 de enero, en cuyo caso, en atención al criterio expuesto en el párrafo precedente, sí cabe entender aplicables tales preceptos, carentes de precedente en la LEC-1881 y que tan útiles pueden resultar frente a la tácticas dilatorias que se utilizan a menudo en los procedimientos.⁶

g) La caducidad de la instancia

En los casos en que la LEC-2000 regula alguna materia o institución en forma diferente a la que lo hacía la LEC-1881 parece claro que no será de aplicación a los procesos que se estén tramitando a su entrada en vigor, de conformidad con la DT 2ª. Tal sucede, por ejemplo, con la regulación en materia de valoración y carga de la prueba, como ya hemos visto. En cuanto a la caducidad de la instancia, sin embargo, la cuestión no está tan clara. Si a fecha 8 de enero de 2001 un proceso se encuentra paralizado desde, digamos, un año antes, parece evidente que resulta aplicable el plazo de cuatro años previsto en el artículo 411 de la LEC-1881, y

⁵ En el sentido expuesto se pronuncian Cachón Cadenas (op cit., págs. 24, 25 y 53) y Valls Gombau (op.cit., pág 2). Por el contrario, Julio Banacloche Palao entiende que, en la primera instancia, ninguna de las novedades de la nueva LEC será aplicable a los procesos en trámite a su entrada en vigor, aun cuando no se oponga ni contradiga la regulación anterior ("Las disposiciones de Derecho Transitorio de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", en el número 1-enero 2001 de *Tribunales de Justicia*, pág. 30)

⁶ Joaquín Martí Martí expone sin embargo que ni la Ley ni el artículo 247 refieren que las actitudes procesales que se pretenden corregir deban producirse con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, por lo que podría aplicarse este artículo para actitudes anteriores ("La buena fe procesal en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil", *La Ley*, número 5242, pág. 4).

no podrían archivar las actuaciones hasta transcurridos tres años más de inactividad procesal; sin embargo, en el caso de que la paralización se produzca a partir del 8 de enero, tanto Valls Gombau⁷ como Cachón Cadenas⁸ entienden que habrá que estar al plazo de dos años recogido en el artículo 237.1 de la LEC-2000, argumentando el segundo de ellos que en tal caso no existe aplicación retroactiva y no se contraviene lo dispuesto en la DT 2^a porque no estamos ante una cuestión que afecte a la sustanciación del procedimiento en sentido estricto sino ante una situación caracterizada por la ausencia total de actividad procesal. Personalmente no comparto estos argumentos: es cierto que no existe aplicación retroactiva, pero tal interpretación atenta contra la letra y contra el espíritu de la Disposición Transitoria 2^a, pues, si bien durante la paralización no hay, por definición, actividad procesal, el auto que declara la caducidad sí constituye actividad de ese tipo, y además fundamental, pues tiene carácter definitivo, cerrando la tramitación del proceso. En cualquier caso, de aceptarse la tesis expuesta por estos autores habría que entender que a partir de la entrada en vigor de la LEC-2000 empezaría a contar el plazo de dos años para los procesos paralizados en ese momento⁹, de forma que, en el ejemplo antes expuesto, la caducidad se produciría transcurridos dos años, no tres; lo contrario podría conducir a situaciones absurdas, pues, en procedimientos declarativos de la LEC-1881 exactamente iguales, una paralización iniciada en 2000 no determinaría la caducidad de la instancia hasta 2004 y otra que comenzara en 2001 (después del 7 de enero) la provocaría en 2003 de persistir por entonces. Como se ve, también criterios de seguridad jurídica (evitación de incertidumbre para las partes) aconsejan la aplicación en todo caso del plazo de cuatro años de la LEC-1881.

h) Sentencia y actuaciones posteriores

En el momento de dictar sentencia en los procesos "antiguos" el juzgador sigue sujeto a la disciplina de la LEC-1881, de forma que, por ejemplo, podrá imponer condena al pago de daños y perjuicios con reserva de liquidación en la ejecución sin sujetarse a las restricciones que prevé el artículo 219 LEC-2000. Ahora bien, dictada sentencia (o auto definitivo), comienza a regir a todos los efectos la LEC-2000. Así, por ejemplo, la sentencia se notificará personalmente al demandado rebelde aun cuando no lo solicite la parte actora (art. 497.2); si se trata de un juicio verbal, cabe recurso de apelación aunque se haya ejercitado acción personal basada en un derecho de crédito (art. 455.1); y para la preparación e interposición del recurso de apelación rigen las normas de postulación procesal de la nueva LEC, de forma que puede ser necesaria *ex novo* la intervención de abogado y procurador o, a la inversa, podría prescindirse de dichos

profesionales habiendo sido necesarios hasta entonces, según los casos.¹⁰

Cabe preguntarse, por último, cual es el régimen aplicable al recurso de apelación contra una sentencia dictada con anterioridad al 8 de enero de 2001. Dicho de otra forma, si, por retrasos en la notificación de la sentencia, ésta aún no ha devenido firme, ¿deberá el recurso de apelación sujetarse a la normativa antigua o corresponde prepararlo e interponerlo con arreglo a la nueva ley? A primera vista parece que, de conformidad con la DT 2^a, debe aplicarse la nueva ley en todos los casos en que el escrito de preparación se presenta el 8 de enero de 2001 o en fechas sucesivas¹¹; sin embargo, obsérvese que no se cumple la premisa establecida en esa Disposición Transitoria, pues, dado que la primera instancia finaliza con la sentencia y ésta se dictó antes del 8 de enero, el proceso no se encontraba en primera instancia al tiempo de la entrada en vigor de la LEC-2000. Tampoco estaba en segunda instancia, pues ésta comienza con el escrito de preparación del recurso, por lo que no podemos acudir, para salir de dudas, a la DT 3^a. Estamos, por tanto, ante una laguna legal. Cachón Cadenas entiende que lo decisivo en estos casos debe ser la fecha de notificación de la sentencia, de forma que será aplicable la LEC-1881 si todas o alguna de las notificaciones se llevaron a cabo antes del 8 de enero, y la LEC-2000 si todos los litigantes recibieron la notificación ese día o más tarde, a fin de evitar que alguno de ellos pueda estar en condiciones de determinar el régimen aplicable a toda la segunda instancia por el mero hecho de tener la posibilidad de recurrir justo antes o justo después de la entrada en vigor de la LEC, en detrimento de quien, en el mismo pleito, carezca de esa posibilidad atendiendo a la fecha en que fue notificado¹².

i) Cómputo de plazos, presentación de escritos y forma de las resoluciones

Otra de las dudas que pueden surgir en relación a la tramitación de los procedimientos sujetos a la LEC-1881 radica en la aplicabilidad o no de las novedades que introduce la LEC-2000 en relación al cómputo de los plazos (arts. 133 y 134), la presentación y traslado de escritos (art. 135) y la desaparición de las propuestas de providencias y autos por parte del Secretario Judicial.

En lo que al cómputo de plazos se refiere, las principales novedades van referidas a la consideración como hábiles de los días del mes de agosto (excepto domingos y festivos) sin necesidad de expresa habilitación para la realización de las actuaciones judiciales urgentes a que se refiere el artí-

⁷ Op. cit., pág. 2.

⁸ Op. cit., pags. 53 y 54

⁹ Tal es el criterio que estableció en su momento el art. 420 LEC-1881.

¹⁰ Por ejemplo, para apelar una sentencia recaída en un juicio de cognición en el que se reclama la cantidad de 100.000 ptas. no será necesaria la intervención de abogado (art. 31.2.1^o LEC-2000), pese a que si lo fue en la primera instancia (art. 10 LEC-1881); y si la cantidad reclamada asciende a 200.000 ptas., además del abogado se necesitará la representación por procurador, no preceptiva hasta sentencia.

¹¹ Así lo entiende Valls Gombau, op. cit., pág. 3.

¹² Cachón Cadenas, op. cit., pags. 47-52.

culo 131.2¹³ (arts. 131.3 y 133.2) y la posibilidad de interrupción de los plazos en caso de fuerza mayor (art. 134.2). Entiendo que estos preceptos son aplicables también a los procedimientos “antiguos”, sin que ello suponga violentar lo prescrito en la Disposición Transitoria 2ª LEC-2000: no estamos ante normas de tramitación *strictu sensu*, y por otra parte no contradicen sino más bien complementan la normativa anterior con un efecto favorable para la efectividad de los principios y garantías procesales recogidos en la Constitución, circunstancias cuya concurrencia la doctrina que se ha pronunciado al respecto entiende suficiente para estimar aplicable la nueva ley¹⁴. Ello está, en fin, en plena consonancia con el criterio inspirador de las normas de Derecho Transitorio que estamos estudiando, que es el de procurar la más rápida efectividad de la LEC-2000¹⁵.

Otro tanto se puede decir respecto de la no admisibilidad de la presentación de escritos en el Juzgado que preste el servicio de guardia (art. 135.2) y la posibilidad de presentarlos hasta las 15.00 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo cuando se trate de los denominados “escritos de término”, es decir, aquéllos cuya presentación esté sujeta a plazo perentorio (art. 135.1). Respecto de la primera cuestión, la doble reforma operada en el artículo 41 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, por Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial de 10 de enero y 21 de marzo de 2001 dejó claro que el Juzgado de Guardia quedaba cerrado a la presentación de escritos en todo tipo de procedimientos civiles, tanto los tramitados con arreglo a la nueva ley como los regidos todavía por la antigua. Y, siendo la excepción al principio de improrrogabilidad de los plazos contenida en el artículo 135.1 una suerte de compensación frente a la imposibilidad de presentar escritos en el Juzgado de Guardia¹⁶, resultaría, en mi opinión, lesivo para el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva no admitir en los procedimientos tramitados por la LEC-1881 esta presentación tardía de los escritos de término cuando el párrafo 2º del artículo 135, al que el párrafo 1º está, insistimos, íntimamente vinculado, sí resulta de aplicación en tales procedimientos¹⁷.

La cuestión relativa a la supresión de las propuestas de resolución se plantea, según mi criterio, en distintos términos. No se trata, a diferencia de lo que ocurre con el cómputo de plazos y la presentación de escritos, de actuaciones materiales ajenas a

la tramitación del procedimiento *strictu sensu*, sino de verdaderos actos procesales. De esta forma, la “sustanciación conforme a la legislación procesal anterior” a que obliga la Disposición Transitoria 2ª de la LEC-2000 respecto de los procesos declarativos que se encontraran en primera instancia el 8 de enero de 2001 debe suponer el mantenimiento, exclusivamente para dichos procedimientos, de las propuestas de providencia y de auto cuando sea menester conforme a la regulación de la LOPJ, que en este sentido constituye “legislación procesal anterior”.

j) Acumulación de procesos

Para finalizar con la problemática que puede presentarse en relación con la tramitación de los procedimientos “antiguos”, haremos referencia a la acumulación de autos, o, por usar la terminología de la nueva LEC, de procesos.

Ninguna duda parece ofrecer el hecho de que, cuando se solicite la acumulación de dos o más procesos que estén tramitándose conforme a la LEC-1881, la cuestión se solventará aplicando el procedimiento y los requisitos recogidos en los artículos 160 y siguientes de dicha ley, y, de accederse a la acumulación, los autos acumulados se tramitarán hasta sentencia de conformidad con la legislación procesal anterior.

El problema surge cuando se solicita la acumulación de un proceso que se esté tramitando por la LEC-2000 a otro regido por la LEC-1881. Según Cachón Cadenas, tal acumulación no es viable, por dos motivos: 1) Si bien el artículo 77.1 de la LEC-2000 permite la acumulación de procesos declarativos cuya tramitación pueda unificarse sin pérdida de derechos procesales, la aplicación de esa norma afectaría a procesos iniciados antes de la entrada en vigor de la nueva ley, lo cual parece ir en contra de lo previsto en la Disposición Transitoria 2ª. 2) Una vez se acuerda la acumulación de procesos, éstos deben tramitarse conjuntamente a través del cauce procedimental correspondiente al proceso más antiguo, que sería el iniciado antes de la entrada en vigor de la nueva LEC, con lo cual la legislación procesal derogada se seguiría aplicando a la tramitación de procesos incoados bajo el imperio de la nueva LEC¹⁸.

Ciertamente, la acumulación de procesos tramitados conforme a códigos procesales diferentes parece presentar dificultades insalvables. Y ello no tanto, en mi opinión, por la distinta naturaleza de unos y otros procesos, pues, según qué casos, podría entenderse salvados los requisitos genéricos de acumulabilidad con arreglo tanto a la LEC-2000 como a la LEC-1881 (pensemos, por ejemplo, en dos verbales de tráfico referidos al mismo accidente y pendientes uno del juicio regulado en el artículo 730 LEC-1881 y otro del previsto en el artículo 443 LEC-2000)¹⁹, como por el hecho, ya expuesto, de que, de

¹³ Esto es, aquéllas cuya demora pueda causar grave perjuicio a los interesados o a la buena administración de justicia, o provocar la ineficacia de una resolución judicial.

¹⁴ Vid. en este sentido Cachón Cadenas, op. cit., págs. 25 y 26.

¹⁵ Así se indica expresamente en el apartado XX de la Exposición de Motivos de la misma.

¹⁶ Vid. Marien Aguilera Morales: “Las actuaciones judiciales: requisitos y características generales”, en el núm.12-diciembre 2000 de *Tribunales de Justicia*, pág. 1291.

¹⁷ Pese a ello, el Decano del Colegio de Abogados de Madrid, Luis Martí Mingarro, manifestaba al Diario de Noticias La Ley en la edición de 19 de marzo de 2001 (pág. 2), tras referirse a la supresión de la posibilidad de presentar escritos en los Juzgados de Guardia: “El problema es que ahora hay órganos jurisdiccionales que dicen que no les valen los escritos presentados en el Juzgado el día siguiente del vencimiento porque para la ley antigua este tipo de documentos no está en vigor”.

¹⁸ Cachón Cadenas, op. cit., págs. 57 y 58.

¹⁹ Teresa Armenta Deu, en su artículo “Acumulación de acciones y de autos”, en el número 6-junio 2000 de *Tribunales de Justicia*, pág. 670, no considera, sin embargo, acumulables los juicios ordinario y verbal de la nueva ley, dada su diversa trami-

prosperar la acumulación, un procedimiento iniciado bajo el imperio de la nueva legislación pasaría a tramitarse por la ya derogada, sin que ni las normas de Derecho Transitorio ni ninguna otra autoricen dicha circunstancia. Por otra parte, si los procesos cuya acumulación se pretende penden ante distintos órganos jurisdiccionales, uno de ellos, el que conozca del proceso más antiguo, se encontrará aplicando los trámites previstos en los artículos 171 y ss. LEC-1881 para decidir sobre la procedencia de la acumulación, y el otro, por el contrario, tendría que atenerse a los artículos 86 y ss. LEC-2000, con la consiguiente distorsión. Baste señalar al respecto que, de acuerdo con el artículo 88.1 LEC-2000, la solicitud de acumulación no suspende el curso de los procesos afectados en tanto no queden pendientes sólo de sentencia, a diferencia de lo que dispone el artículo 184 LEC-1881.

IV. RECURSOS CONTRA RESOLUCIONES INTERLOCUTORIAS

La aplicación de la LEC-1881 a los procesos declarativos que se encontraran en primera instancia al entrar en vigor la nueva ley encuentra una importante excepción en la Disposición Transitoria 1ª de la LEC-2000, que dice así:

“A las resoluciones interlocutorias o no definitivas que se dicten en toda clase de procesos e instancias tras la entrada en vigor de esta Ley les será de aplicación el régimen de recursos ordinarios que en ella se establece”.

De esto se derivan dos consecuencias importantes: el plazo de interposición del recurso de reposición pasa a ser de cinco días (art. 452.1 LEC-2000), en lugar de los tres días de la legislación anterior (arts. 377.1 y 380 LEC-1881), y, salvo contadas excepciones, desaparece el recurso de apelación directo contra resoluciones interlocutorias (art. 454 LEC-2000).

Según el tenor de la Disposición Transitoria antes transcrita, la fecha determinante a efectos de la aplicación de una u otra ley no es la de interposición del recurso, ni la de notificación de la resolución recurrida, sino la de dictado de la resolución. Y, en aras de la unidad en la tramitación, si el recurso de reposición se sujeta a los trámites de la LEC-1881, la misma suerte seguirá el eventual recurso de apelación contra el auto que lo resuelva, aun cuando dicho auto haya sido dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la LEC-2000²⁰.

De lo expuesto hasta ahora se deriva que el régimen de recursos ordinarios de la nueva LEC es aplicable no sólo en relación con los aspectos procedimentales o de pura tramitación, sino también a la hora de determinar si una resolución interlocutoria es o no recurrible. De esta forma, las diligencias de ordenación podrán ser impugnadas en la forma prevista para el recurso de reposición (art. 224.3

LEC-2000), y cabrá recurso de reposición contra las providencias en que se otorgue alguna diligencia de prueba (art. 285.2 LEC-2000). Pero surgen dudas en los casos en que no existe en la nueva ley un equivalente exacto de una determinada resolución dictada conforme a la LEC-1881; por ejemplo, la providencia por la que se acuerda la práctica de diligencias para mejor proveer en los procesos de la ley antigua, que no es recurrible (art. 340), guarda cierto paralelismo con el auto por el que se acuerda la práctica de diligencias finales en el juicio ordinario de la nueva LEC, que sí lo es (arts. 435 y 451), pero sus presupuestos, forma y contenidos difieren. Lo más adecuado parece considerar recurribles en reposición todas las providencias y autos no definitivos dictados en los procesos regidos por la ley antigua, en aplicación del artículo 451 LEC-2000, lo que tendrá especial incidencia en los juicios de cognición, en los que, por regla general, hasta la entrada en vigor de la LEC-2000 los recursos de reposición sólo eran admisibles en la fase declarativa cuando la resolución impugnada impedía la continuación del juicio (art. 61.1 del Decreto de 21 de noviembre de 1952).

V. EJECUCION PROVISIONAL

Las Disposiciones Transitorias 3ª y 4ª de la LEC-2000 establecen que los procesos que se encontraran en segunda instancia o pendientes de recurso de casación al entrar en vigor dicha ley seguirán sustanciándose conforme a la legislación procesal anterior hasta que recaiga sentencia en dicha instancia o recurso, si bien podrá pedirse conforme a lo dispuesto en la nueva ley la ejecución provisional de la sentencia estimatoria recurrida en apelación o casación.

Esta posibilidad de pedir conforme a la nueva ley la ejecución provisional de sentencias recaídas en procedimientos tramitados por la LEC-1881, ejecución cuyo despacho corresponde al tribunal de primera instancia (art. 524.2), suscita importantes problemas de Derecho Transitorio, que no han merecido una respuesta unívoca en la doctrina, según veremos. La importancia del tema radica en que el régimen establecido en la nueva ley es, en líneas generales, más beneficioso para quien, habiendo obtenido un fallo favorable en primera instancia, solicita la ejecución provisional, comenzando por la no obligatoriedad de prestar caución (arts. 526 y 535.1).

No ofrecen dudas los supuestos en que no había sido solicitada la ejecución provisional conforme a la ley antigua, en que había sido solicitada pero fue denegada y en que, solicitada y concedida, no se llevó a cabo (por ejemplo por falta de constitución de la fianza o aval en el plazo previsto por el artículo 385.4 LEC-1881). En todos estos casos el beneficiario de un pronunciamiento favorable en primera instancia podrá acudir al procedimiento regulado en los artículos 524 y ss. de la nueva ley, y ello aun cuando haya transcurrido ya el plazo previsto en el artículo 385.4 de la ley antigua, pues los artículos

tación, por lo que hay que entender que, por el mismo motivo, descarta la acumulabilidad de cualquiera de ellos a los declarativos ordinarios de la ley antigua.

²⁰ Valls Gombau, op. cit., pág. 2.

527.1 y 535.2 de la LEC-2000 no ponen otro límite temporal a la petición que el de que no haya recaído todavía sentencia en apelación o casación. Las dudas surgen cuando la ejecución provisional está iniciada o incluso concluida conforme a la legislación antigua. ¿Podrá, en tal caso, aplicarse el régimen de la nueva ley, acomodando los trámites y/o revisando los ya realizados? Tres son las posibles soluciones:

— Considerar plenamente aplicable la nueva LEC, con las consecuencias a ello inherentes, básicamente la devolución de la fianza o cancelación del aval y la posibilidad para el ejecutado de formular oposición conforme a los artículos 528 y ss. Esta es la posición que mantienen Cachón Cadenas²¹ y Cedeño Hernán²², por entender que la ejecución provisional es una modalidad de ejecución forzosa y queda por ello sujeta no sólo a la DT 5ª sino también a la DT 6ª de la LEC-2000, que ordena aplicar la nueva ley en los procesos de ejecución ya iniciados a su entrada en vigor para las actuaciones ejecutivas que aún puedan realizarse o modificarse. Cachón Cadenas argumenta además que “si las DT 3ª y 4ª permiten que la ejecución provisional de sentencias pendientes de recurso quede sometida, íntegramente, a la normativa prevista en la nueva LEC, parece admisible que esta ley también pueda ser aplicada con un alcance más limitado, esto es, para modificar una ejecución provisional que ya había sido solicitada y, en su caso, obtenida”.

— Continuar tramitando la ejecución provisional concedida al amparo de la LEC-1881 por la legislación derogada, sin devolución por tanto de la fianza ni aplicación del régimen de oposición de la nueva ley, si bien admitiendo la posibilidad de desistir de dicha ejecución y solicitarla nuevamente conforme a la LEC-2000. Esta es la tesis defendida por Valls Gombau²³ y Banacloche Palao²⁴. El primero de ellos se remite para justificarla a la necesidad de aplicar el régimen de unidad de tramitación, y el segundo ofrece tres argumentos: el tenor literal de la DT 3ª, que sólo autoriza a “pedir” la ejecución provisional y no a revisar la ya acordada; el espíritu y finalidad de la norma, que parece ir dirigido exclusivamente a aumentar los casos de ejecución provisional y no a alterar situaciones en las que ya existe una ejecución de ese tipo; y la imposibilidad de aplicar retroactivamente la nueva LEC, a falta de previsión expresa en este punto (art. 2.3 del Código Civil).

— Lo mismo que la anterior, pero sin admitir la posibilidad de obtener la ejecución provisional con arreglo a la nueva LEC si se desistió de la tramitada por la ley antigua. En este sentido se pronuncia Fernando Revilla²⁵, quien considera que dicha maniobra constituiría un fraude de ley y un abuso de derecho, amén de ser contraria a la buena fe y al principio que prohíbe actuar en juicio en contra de los actos propios anteriores. Según este autor, el

ejecutado no puede verse privado, ni siquiera por esta vía indirecta, de la garantía jurídica y económica propia de la caución prestada por el actor para responder de los daños y perjuicios que se pudieran derivar de la ejecución provisional.

En la práctica forense parece irse imponiendo la devolución de la fianza prestada por el ejecutante cuando así se solicita, lo que debe conllevar, en mi opinión, la aplicación de la nueva normativa en bloque, y no sólo en este concreto aspecto favorable para una de las partes. Por lo demás, entiendo que ésta es la solución más adecuada atendiendo a una interpretación conjunta de las Disposiciones Transitorias 3ª, 4ª y 6ª de la nueva LEC, quedando salvada la aplicación retroactiva de la misma por el contenido de la DT 6ª, que la admite expresamente. No es necesario, de esta forma, desistir de la ejecución iniciada conforme a la LEC-1881; el ejecutado puede acudir a los medios de oposición previstos en la nueva ley; y se mantendrán las medidas ejecutivas (embargos, anotaciones preventivas, etc.) adoptadas por la normativa antigua y que no proceda modificar. La aplicación de la nueva ley puede provocar, también, la necesidad de intervención de abogado y procurador cuando hasta entonces no era requerida, o viceversa (art. 539.1, en relación con el art. 524.2).

VI. JUICIOS EJECUTIVOS

Los juicios ejecutivos, entendiendo por tales los regulados en los artículos 1429 y ss. de la LEC-1881, merecen en las normas transitorias de la LEC-2000 una disposición específica, la 5ª, al margen tanto de las dedicadas a los procesos de declaración como de la relativa a la ejecución forzosa. La mencionada Disposición Transitoria dice así:

“Cualquiera que sea el título en que se funden, los juicios ejecutivos pendientes a la entrada en vigor de la presente Ley se seguirán tramitando conforme a la anterior, pero, si las actuaciones no hubieren llegado al procedimiento de apremio, se aplicará en su momento esta Ley en lo relativo a dicho procedimiento”.

Como se ve, el criterio seguido difiere del establecido para los restantes procesos de declaración (si consideramos el juicio ejecutivo como un proceso declarativo especial y sumario) en el sentido de que en los juicios ejecutivos en tramitación al 8 de enero de 2001 seguirá aplicándose la LEC-1881 hasta que recaiga sentencia firme, no sólo hasta que se dicte sentencia definitiva en la primera instancia. Lo cual resulta bastante lógico, si tenemos en cuenta que en la nueva LEC el juicio ejecutivo desaparece como procedimiento autónomo, pasando a diluirse en el Libro III, relativo a la ejecución forzosa. Si la sentencia firme declara la nulidad de todo el juicio o de parte de él (art. 1473.3ª LEC-1881), las consecuencias son las mismas que las expuestas para los (restantes) procesos declarativos en el apartado III e) de esta ponencia, con posibilidad para el demandante, en el primer caso (nulidad total), de acudir a alguno de los procedimientos regulados en la

²¹ Cachón Cadenas, op. cit., págs. 87 a 90.

²² Marina Cedeño Hernán. sección de consultas de la revista *Tribunales de Justicia*, número 2-febrero 2001, pag. 82.

²³ Valls Gombau, op. cit., pag. 3.

²⁴ Banacloche Palao, op. cit., pag. 31.

²⁵ Fernando Revilla: “Sobre la devolución de la fianza prestada para la ejecución provisional de sentencia”, en el número 5292 de *La Ley*, págs. 1 y 2.

nueva LEC (ordinarios o especiales) para obtener la satisfacción de su crédito. Si se declara no haber lugar a pronunciar sentencia de remate (art. 1473.2º LEC-1881), el ejecutante podría promover juicio declarativo ordinario sobre la misma cuestión, pues no se producen los efectos de la cosa juzgada (art. 1479 LEC-1881); ahora bien, ese juicio tendría que ser ya el ordinario o el verbal de la nueva ley.

De acuerdo con la DT 5ª, si a fecha 8 de enero de 2001 las actuaciones no hubieren llegado al procedimiento de apremio se aplicarán en su momento los artículos 634 y ss. de la LEC-2000 en lo relativo a dicho procedimiento, en lugar de los artículos 1481 y ss. de la LEC-1881. La redacción del precepto suscita la duda de qué ocurrirá en los casos en que, a la entrada en vigor de la LEC-2000, el procedimiento de apremio estuviera ya en marcha. Por exclusión, parecería que ha de continuarse tramitando con arreglo a la ley antigua hasta su conclusión; sin embargo, como acertadamente señalan Cachón Cadenas²⁶ y Banacloche Palao²⁷, la naturaleza ejecutiva de dicho procedimiento, tendente a la realización forzosa de los bienes embargados, hace aplicable al supuesto contemplado la Disposición Transitoria 6ª, por lo que se regirán por la LEC-2000 los actos de ejecución posteriores al 8 de enero de 2001, e incluso podrán modificarse con arreglo a dicha ley los anteriores que sean susceptibles de ello.

Más dudas se suscitan en torno a la ley aplicable en la fase de búsqueda y selección de bienes, embargos y medidas de garantía de la traba, que es anterior al procedimiento de apremio. Valls Gombau²⁸ y Banacloche Palao²⁹ dan por supuesto que resulta aplicable la LEC-1881, y así desde luego parece derivarse del tenor de la DT 5ª. Cachón Cadenas, sin embargo, considera que el embargo excede de los aspectos concernientes a la mera tramitación del juicio, y entiende aplicable bien la DT 6ª, si se considera que dicha medida tiene carácter ejecutivo, bien la DT 7ª, si se la considera de naturaleza preventiva o cautelar, con el mismo resultado: se aplicará la LEC-2000, modificando incluso los embargos decretados con arreglo a la ley anterior³⁰. De seguirse este último criterio, se plantea una nueva duda: la aplicabilidad o no del artículo 589 (manifestación de bienes por el ejecutado), que no es posible, según la nueva ley, en los embargos preventivos (art. 738.2).

Otra cuestión no suficientemente aclarada es la relativa al régimen de recursos contra las resoluciones interlocutorias recaídas en estos procedimientos. Cachón Cadenas³¹ se inclina por considerar que debe ser el previsto en la legislación procesal anterior, pues la DT 5ª no exceptúa de la regla general de tramitación de los juicios ejecutivos conforme a la ley antigua lo relativo a este tipo de recursos, a diferencia de lo que ocurre con los procesos de declaración (DD.TT. 2ª y 3ª). Sin embargo, entiendo

que ese argumento no resulta suficiente para justificar tan dispar tratamiento: la DT 1ª es rotunda cuando ordena la aplicación del régimen de recursos ordinarios establecido en la nueva LEC a las resoluciones interlocutorias que se dicten "en toda clase de procesos", incluyendo por lo tanto los declarativos especiales y los procesos de ejecución tramitados por la ley antigua, y tampoco la Disposición Transitoria 4ª hace salvedad de lo dispuesto en la 1ª en relación a los asuntos pendientes de casación, ni ninguna de las que van de la 2ª a la 5ª hace referencia alguna a la 7ª, que también introduce una importante excepción a la regla general de tramitación conforme a la LEC-1881 de los procesos pendientes a la fecha de entrada en vigor de la LEC-2000.

En cuanto a la ejecución provisional de la sentencia de remate, pese a que la DT 5ª no prevé que pueda solicitarse con arreglo a la nueva LEC no parece haber obstáculo para ello, bien acudiendo directamente a la DT 6ª, bien considerando aplicable por analogía la DT 3ª. Resultaría absurdo, como señala Cachón Cadenas, aplicar en esta materia la LEC-1881, pues supondría exigir fianza al ejecutante en un procedimiento encaminado a propiciarle una tutela judicial privilegiada, cuando no es necesaria en los procesos declarativos³².

VII. EJECUCION FORZOSA

El régimen transitorio en materia de ejecución forzosa aparece recogido en la Disposición Transitoria 6ª de la LEC-2000, que dice así:

"Los procesos de ejecución ya iniciados al entrar en vigor esta Ley se regirán por lo dispuesto en ella para las actuaciones ejecutivas que aún puedan realizarse o modificarse hasta la completa satisfacción del ejecutante".

No rige, por lo tanto, el criterio de unidad de tramitación que se sigue en los procesos declarativos, sino que el legislador pretende la inmediata aplicación de la nueva LEC, incluso con carácter retroactivo, al permitir la modificación de actos de ejecución realizados conforme a la legislación anterior.

Examinaremos separadamente algunos de los problemas que se pueden plantear en esta materia:

a) Alcance de la expresión "procesos de ejecución"

Dada la generalidad de su redacción, la DT 5ª se refiere no sólo a la ejecución de sentencias firmes que se estuviera tramitando a fecha 8 de enero de 2001 conforme a los artículos 919 y ss. LEC-1881, sino también a la ejecución de laudos arbitrales, de lo acordado en actos de conciliación y de lo acordado en la comparecencia previa del juicio de menor cuantía; a las ejecuciones provisionales de sentencias (como ya hemos visto), y a los procedimientos de apremio derivados de juicios ejecutivos

²⁶ Cachón Cadenas, op.cit., págs. 100 y 101.

²⁷ Banacloche Palao, op.cit., pág. 33.

²⁸ Valls Gombau, op.cit., pág. 4.

²⁹ Banacloche Palao, op.cit., pág. 33.

³⁰ Cachón Cadenas, op.cit., págs. 101 y 102.

³¹ Cachón Cadenas, op.cit., pág. 105.

³² Cachón Cadenas, op. cit., págs. 106 y 107

(cuestión también ya tratada), procedimientos de jura de cuentas y ejecuciones hipotecarias³³.

b) Momento de la acomodación a la nueva ley

La aplicación de dos regímenes diferentes (el de la LEC-1881 y el de la LEC-2000) a un mismo proceso de ejecución a que obliga la DT 6ª debe realizarse de forma sucesiva, nunca simultánea; esto es, llegado un momento deberá acomodarse la ejecución "antigua" a la nueva ley, que será ya la única aplicable. Y pese a que, en principio, parece que ese momento viene determinado por la entrada en vigor de la nueva LEC, la cuestión puede no resultar tan sencilla. Si a 8 de enero de 2001 se está tramitando un incidente o una fase diferenciada de la ejecución que unifica y da sentido a un conjunto de actuaciones procesales, lo lógico es continuar tramitándolo hasta su resolución por las normas de la ley antigua, y ello bien por aplicación analógica de las DD.TT. 2ª y 3ª, bien por considerar que la expresión "actuaciones ejecutivas" que utiliza la DT 6ª no hace referencia a actos procesales aislados. Así, por ejemplo, si a la entrada en vigor de la nueva LEC está tramitándose en el seno de una ejecución el procedimiento para la liquidación de daños y perjuicios previsto en los artículos 928 y ss. LEC-1881, no debe intentarse una acomodación inmediata a su homólogo de los artículos 712 y ss. LEC-2000, sino que se continuará por los trámites de la ley antigua hasta que se dicte el auto que le ponga fin. Lo mismo puede decirse de los procedimientos de tasación de costas, de las normas para la celebración de las subastas, etc.

c) Limitaciones generales en la aplicación de la LEC-2000

Siguiendo a Cachón Cadenas³⁴, podemos decir que la aplicación de la nueva LEC a los procesos de ejecución pendientes a su entrada en vigor puede no ser posible tanto desde un punto de vista material como jurídico:

— Materialmente, por haber quedado atrás el momento procesal oportuno para la aplicación de determinados preceptos de la LEC-2000, como pueden ser el relativo al plazo de espera de 20 días para el despacho de ejecución (art. 548), que obviamente no regirá si tal ejecución está ya acordada conforme a la ley antigua, o el referente a la solicitud del ejecutante de que el tribunal declare que los ocupantes del inmueble embargado no tienen derecho a permanecer en él una vez que haya sido enajenado (art. 661.2), que no procederá si ya está hecho al anuncio de la subasta.

— Jurídicamente, no será viable dicha aplicación cuando suponga quebrantar el principio constitucional de irretroactividad de las disposiciones sancio-

nadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (ej.: no podrán imponerse multas coercitivas o sancionadoras por actos u omisiones anteriores al 8 de enero de 2001); reabrir posibilidades de actuación procesal ya precluidas con arreglo a la legislación anterior (ej.: no pueden ser recurridas resoluciones que no lo fueron en su momento); quebrantar las normas esenciales del procedimiento ejecutivo (ej.: no puede alterarse la competencia para su tramitación), o alterar efectos procesales ya extinguidos (ej.: no puede decretarse la nulidad de la ejecución de un bien verificada con arreglo a la ley antigua por el hecho de que dicho bien sea considerado inembargable en la nueva LEC).

d) Actuaciones no previstas en la LEC-1881

En general la regulación de la ejecución forzosa en la LEC-2000 ofrece al ejecutante una protección más enérgica que la dispensada en la legislación anterior, con posibilidad de solicitar medidas tales como el requerimiento al ejecutado para que manifieste relacionadamente bienes y derechos susceptibles de embargo (art. 589), la investigación judicial del patrimonio del ejecutado (art. 590), la acumulación de ejecuciones (art. 555) o la extensión de la ejecución a determinados sujetos que no figuran como deudores en el título ejecutivo (arts. 538 y 540 a 544). Todas estas medidas pueden ser solicitadas y obtenidas en los procesos de ejecución iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC-2000, siempre, lógicamente, que concurren los presupuestos y requisitos establecidos en la nueva ley para cada una de ellas, pues no se establecen para hacerlo plazos preclusivos. Igualmente, podrá decretarse la suspensión de la ejecución en la forma y por los motivos previstos en los artículos 565 a 569 LEC-2000.

e) El embargo y las medidas de garantía de la traba

El embargo de bienes del ejecutado o las medidas de garantía del mismo que se practiquen en la actualidad en procedimientos de ejecución iniciados bajo el imperio de la LEC-1881 deben ajustarse a las normas de la nueva LEC, incluyendo, por supuesto, los artículos 605 a 607, sobre bienes inembargables. En cuanto a los embargos y medidas de garantía ya realizados conforme a la ley anterior, el ejecutante podrá pedir su mejora o modificación, y el ejecutado su reducción o modificación, de conformidad con el artículo 612 LEC-2000, aplicación retroactiva autorizada expresamente por la Disposición Transitoria 6ª, como ya sabemos. De la misma forma, cabe entender que son aplicables las normas sobre inembargabilidad de determinados bienes a las trabas ya realizadas, por lo que, por ejemplo, podrán las partes pedir que las retenciones que vengan practicándose en el salario del ejecutado se ajusten a la escala establecida en el artículo 607, o el ejecutado que se

³³ Vid. en este sentido María Luisa Segoviano Astaburuaga: "Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", en editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 4566 y 4567, y Manuel Cachón Cadenas, op.cit., pag. 110.

³⁴ Cachón Cadenas, op.cit., págs. 112 a 115.

declare nulo el embargo trabado sobre un bien susceptible de tal medida conforme a la ley anterior pero no conforme a la nueva.

Más dudas suscitó inicialmente la posibilidad de aplicar a las anotaciones preventivas prorrogadas antes de la entrada en vigor de la LEC-2000 la nueva redacción que da al artículo 86 de la Ley Hipotecaria la Disposición Final 9ª de la nueva LEC, nueva redacción conforme a la cual la anotación prorrogada caducará a los cuatro años de la fecha de la anotación misma de la prórroga, sin perjuicio de ulteriores prórrogas. Recordemos que con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley las anotaciones preventivas ordenadas por la autoridad judicial no se cancelaban por caducidad, después de vencida la prórroga, hasta que hubiera recaído resolución firme en el procedimiento judicial, por disponerlo así el artículo 199 del Reglamento Hipotecario, que debe entenderse derogado tácitamente por la nueva LEC. Pues bien, tales dudas han sido resueltas en virtud de la Instrucción de 12 de diciembre de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que descarta esa aplicación retroactiva del nuevo artículo 86 LH; por lo tanto, el plazo de vigencia de las prórrogas anteriores al 8 de enero de 2001 será el previsto en el artículo 199 RH, no siendo necesario ordenar nuevas prórrogas³⁵. Las anotaciones preventivas prorrogadas con posterioridad al 8 de enero de 2001 sí se regirán por el nuevo régimen de caducidad.

f) El procedimiento de apremio

En los casos en que a la entrada en vigor de la nueva LEC hubieran comenzado ya las actuaciones tendentes a la realización de los bienes embargados, deberá aplicarse la nueva normativa tan pronto sea posible la acomodación, esto es, respetando la terminación de acuerdo con la legislación anterior de las fases o etapas que estuvieren en marcha, por ejemplo el avalúo de los bienes o el anuncio y celebración de las subastas³⁶.

Por lo demás, queda abierta la posibilidad de utilizar los medios alternativos de realización de los bienes que prevé la nueva LEC: convenio de realización judicialmente aprobado (art. 640) y realización por persona o entidad especializada (arts. 641 y 642), y ello con carácter previo a la celebración de cualquier subasta (art. 636.3), incluso de alguna de las previstas en la LEC-1881, al tratarse de actua-

³⁵ Téngase en cuenta que una eventual aplicación retroactiva de la nueva redacción del art. 86 LH iría no ya contra los arts. 2.3 CC y 2 LEC-2000, que a fin de cuentas prevén la posibilidad de excepciones a la regla general de irretroactividad, sino contra el art. 9.3 CE, pues el nuevo art. 86 LH puede ser considerado restrictivo del derecho a obtener una tutela judicial efectiva que asiste a la persona en cuyo favor se hubieran practicado la anotación y la prórroga, como señala Cachón Cadenas (op. cit., pág. 130).

³⁶ Sin perjuicio de que, fracasadas las sucesivas subastas convocadas conforme a la LEC-1881, se intente una nueva de acuerdo con la LEC-2000 (Cachón Cadenas, op. cit., pág. 114). Banacioche Palao, en cambio, es partidario de acudir directamente a la subasta regulada en la LEC-2000 tan pronto quede desierta alguna de las celebradas conforme a la LEC-1881, sin necesidad por tanto de agotar el ciclo (op. cit., pág. 32).

ciones no reguladas en la legislación anterior (vid. apartado III f de este trabajo).

g) Recursos contra resoluciones interlocutorias

En tanto en cuanto los procesos de ejecución iniciados con anterioridad al 8 de enero de 2001 deben tramitarse a partir de esa fecha por la nueva LEC, no cabe duda de que les será aplicable el régimen de recursos en ella previsto. Cuando, por excepción, siga aplicándose la LEC-1881 a un incidente o fase diferenciada ya iniciado en la fecha de su derogación, la conclusión debe ser la misma, aplicando por analogía la DT 1ª.

h) Postulación procesal

En esta materia hay que entender aplicable el artículo 539.1 LEC-2000, de tal forma que, producida la acomodación de la ejecución "antigua" a la nueva ley, las partes deberán estar dirigidas por letrado y representadas por procurador cuando, atendiendo al tipo de litigio, la intervención de dichos profesionales hubiera sido necesaria de haberse tramitado el mismo conforme a la LEC-2000.

i) Régimen transitorio del plazo de ejercicio de la acción ejecutiva

En relación con la ejecución forzosa se plantea un problema de Derecho Transitorio referido no a los procesos de ejecución ya iniciados al entrar en vigor la LEC-2000, sino al plazo de ejercicio de las demandas ejecutivas que se planteen con posterioridad a esa fecha pero fundadas en sentencias, laudos arbitrales o resoluciones judiciales aprobatorias de transacciones judiciales que hubieran ganado firmeza antes del 8 de enero de 2001. Y ello es así porque el régimen de prescripción de quince años aplicable a estos supuestos en virtud del artículo 1964 del Código Civil ha sido sustituido por un plazo de caducidad de cinco años, conforme al artículo 518 de la LEC-2000.

Se plantean tres posibles soluciones:

— Aplicar a rajatabla el plazo de caducidad de cinco años, de forma que, por ejemplo, el derecho a instar la ejecución de una sentencia que hubiera ganado firmeza el 15 de marzo de 1997 caducaría el 15 de marzo de 2002. Esto supone una retroactividad no prevista expresamente en la nueva LEC, y contraria por ello a su artículo 2 y al artículo 2.3 del Código Civil, e incluso al artículo 9.3 de la Constitución, dado el carácter restrictivo del derecho a la tutela judicial efectiva que tiene el artículo 518 de la nueva Ley. Además, de seguirse este criterio, el 8 de enero de 2001 se habría producido instantáneamente la caducidad de todas las acciones ejecutivas basadas en sentencias que hubieran adquirido firmeza con anterioridad al 8 de enero de 1996.

— Considerar inaplicable a todos los efectos el artículo 518 LEC, de forma que, en el ejemplo ante-

rior, la acción ejecutiva podría entablarse hasta el 15 de marzo de 2012, y ello contando con que no hubiera interrupciones de la prescripción. Esta es la solución propugnada por Cachón Cadenas³⁷. Aun siendo preferible que la anterior, puede dar lugar, sin embargo, a efectos perniciosos: un procedimiento tramitado por las mismas normas que el que nos está sirviendo de ejemplo pero en el que la sentencia devenga firme justo tras la entrada en vigor de la nueva LEC, esto es, cuatro años más tarde que en el anterior, quedaría sujeto en cuanto a su ejecución a un plazo que terminaría en 2006, esto es, seis años antes que en el otro caso, y además el plazo sería de caducidad y no de prescripción.

— Aplicar el plazo de caducidad del artículo 518 LEC a partir de la entrada en vigor de la nueva ley. Así, en el tantas veces repetido ejemplo, la acción ejecutiva caducaría el 8 de enero de 2006. Esta es, en mi opinión, la solución preferible, y puede apoyarse en una aplicación analógica del artículo 1939 del Código Civil, referido a la prescripción comenzada antes de la publicación de dicho Código.

VIII. MEDIDAS CAUTELARES

La Disposición Transitoria 7ª de la LEC-2000 se ocupa específicamente de las medidas cautelares, con la siguiente dicción:

“1. Las medidas cautelares que se soliciten, tras la entrada en vigor de esta Ley, en los procesos iniciados antes de su vigencia, se regirán por lo dispuesto en la presente Ley.

2. Las medidas cautelares ya adoptadas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por las disposiciones de la legislación anterior, pero se podrá pedir y obtener su revisión y modificación con arreglo a la presente Ley”

El párrafo primero de este precepto no ofrece dificultad interpretativa alguna: cualquier medida cautelar pedida a partir del 8 de enero de 2001 se sujeta, en cuanto a sus presupuestos, contenido, efectos y procedimiento de adopción, a las normas contenidas en los artículos 721 y siguientes de la LEC-2000, aun cuando se solicite en el seno de un procedimiento regido por la LEC-1881. No parece que sea obstáculo el que se trate de una medida denegada en su momento al amparo del artículo 1428 de la ley antigua³⁸.

En cuanto al párrafo segundo, ordena respetar la regulación antigua cuando la medida cautelar se adoptó estando aquélla vigente, si bien permite a las partes pedir su modificación con arreglo a la nueva ley. Deben entenderse incluidos en este precepto tanto los supuestos de medidas cautelares ya ejecutadas a la entrada en vigor de la nueva LEC como aquéllos en que están ya decretadas pero aún no se han llevado a efecto. En este último caso, Cachón Cadenas se muestra partidario de aplicar la nueva LEC no sólo a la revisión y modificación de

las medidas (art. 743), sino también a su ejecución (art. 738), por aplicación analógica de las Disposiciones Transitorias 2ª, 3ª y 6ª³⁹; Valls Gombau, en cambio, entiende que la ejecución debe sujetarse a la normativa bajo la cual fue adoptada la medida, es decir, la derogada⁴⁰, criterio que parece más ajustado al contenido de la Disposición Transitoria 7ª.

No prevé expresamente la DT 7ª los casos en que la medida cautelar está ya solicitada pero pendiente de resolución a la entrada en vigor de la LEC-2000, si bien lo más adecuado parece aplicar la solución prevista en el párrafo segundo, punto en el que coinciden los dos autores antes citados.

IX. CONCLUSIONES

Tras analizar los principales problemas planteados por la entrada en vigor de la LEC-2000 en relación al régimen transitorio aplicable a los procesos civiles pendientes en ese momento, podemos sacar las siguientes conclusiones:

1) El contenido de las siete Disposiciones Transitorias de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil destaca por su concisión y sencillez. Se procura un *ate-rrizaje suave* del nuevo régimen de los juicios civiles, respetando la terminación de la instancia con arreglo a la legislación anterior en los procesos pendientes a fecha 8 de enero de 2001, si bien aplicando de forma inmediata la nueva normativa en lo que se refiere a medidas cautelares, recursos contra resoluciones interlocutorias y ejecución forzosa (tanto provisional como definitiva).

2) Si tenemos en cuenta la envergadura del cambio legislativo producido, se puede afirmar que las distorsiones producidas en los órganos jurisdiccionales de primera instancia, en lo que al Derecho Transitorio se refiere, no han revestido especial importancia. La concisión y sencillez de la regulación de la nueva LEC en esta materia no ha ido en perjuicio de su claridad y exhaustividad, de manera que, salvo en materia de ejecución provisional y acumulación de procesos, las dudas que se han ido suscitando afectan a cuestiones muy puntuales, y, como es lógico, van reduciéndose, bien por ser propias de los días inmediatamente posteriores a la entrada en vigor de la nueva ley, bien por la paulatina terminación en primera instancia de los procedimientos regidos por la ley antigua.

3) Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, hubiera sido de desear una regulación específica sobre el régimen transitorio aplicable a la acumulación de procesos, fijando su viabilidad cuando alguno o algunos de ellos se tramitan por la LEC-1881 y otro u otros por la LEC-2000, así como el procedimiento a seguir para obtener su acumulación. De la misma forma, se echa en falta una previsión específica sobre el régimen transitorio aplicable a las ejecuciones provisionales iniciadas con arreglo a la LEC-1881 en los procesos que se encuentren en segunda instancia o casación.

³⁷ Cachón Cadenas, op. cit., págs. 147 y 148.

³⁸ Así lo entienden Banalocloche Palao (op. cit., pág. 30) y Cachón Cadenas (op. cit., pág. 135).

³⁹ Cachón Cadenas, op. cit., pág. 138.

⁴⁰ Valls Gombau, op. cit., pág. 4.

El derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso *Villagrán Morales y otros*

Miguel CARMONA RUANO

1. UNIDAD Y DIVERSIDAD EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Una notable sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la nº 63, de 19 de noviembre de 1999¹, recaída sobre el caso *Villagrán Morales y otros*, también conocida como el caso de los *Niños de la Calle* ha venido a poner el acento sobre la tantas veces arbitraria distinción, cuando se habla de derechos fundamentales, entre *derechos de libertad y derechos prestacionales*, o bien entre derechos *negativos*, en los que sólo sería exigible al Estado que los respetara, no vulnerándolos y derechos *positivos*, en los que cabe exigir de los poderes públicos una acción positiva para su plena realización.

No es cuestión de remontarnos ahora a las profundas raíces históricas de la distinción entre un primer grupo de derechos, los llamados derechos de libertad y un segundo grupo, de reconocimiento más tardío, que forman los llamados derechos económicos y sociales. Basta señalar que frente al tratamiento unitario de unos y otros que se refleja en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, esta unicidad fue, sin embargo, sustituida al poco por una distinción entre, por un lado, los derechos "civiles y políticos" frente a los derechos "económicos, culturales y sociales", como dos bloques no siempre complementarios, en uno de los cuales se decía privilegiar la libertad mientras que en el otro se decía poner el acento en la igualdad.

La plasmación de esta dicotomía en 1966 en sendos Pactos Internacionales, en el seno de las Naciones Unidas, no quedó, sin embargo, en un mero reflejo directo de la guerra fría. La distinción entre unos y otros se perpetúa en el ámbito del Consejo de Europa (Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas, por un lado, Carta Social Europea por otro), y se traslada a las Constituciones posteriores. Pero lo más importante es que no se limita a una distinción sistemática o teórica, sino que induce un diferente nivel de garantía, evidente en el sistema europeo de protección: frente a la garantía reforzada con el recurso individual ante el Tribunal Europeo

de Derechos Humanos de los derechos reconocidos en la Convención, los que se plasman en la Carta Social sólo cuentan con la obligación de los Estados miembros de emitir un informe bianual.

La Constitución española no establece tal cesura en el sistema de protección, pero la diferencia de alcance jurídico y exigibilidad directa de unos y otros queda bien patente en la tripartición entre las dos Secciones del Capítulo 2º y el Capítulo 3º del Título referente a los "derechos y deberes fundamentales". Sólo los derechos del artículo 14 y de la Sección 1ª del Capítulo 2º gozan de la tutela reforzada del recurso de amparo, mientras que los "principios rectores" del capítulo 3º apenas tienen valor "informativo" de la legislación y de la "práctica judicial" y sólo son alegables ante los Tribunales en la medida en que estén recogidos en las leyes. La reciente Carta de Derechos Fundamentales en la Unión Europea, que aun sin proponérselo podría ser el embrión de la parte dogmática de una Constitución Europea, parece insistir en esta vía cuando distingue en diferentes capítulos entre "derechos de dignidad", "libertades", "derechos de igualdad", "derechos de solidaridad" y "derechos de ciudadanía".

Pese a este tratamiento diferenciado, se afirman hoy de modo prácticamente unánime las formulaciones superadoras de tal dicotomía. Nada mejor que esta larga cita del profesor Pérez Luno puede ilustrar esta unicidad esencial:

"La experiencia histórica ha demostrado con elocuencia que allí donde no se dan determinadas garantías estatales, la protección de los derechos fundamentales, sean libertades o derechos sociales, es siempre precaria. Las libertades puras, aquéllas cuyo disfrute sólo depende de la abstención del Estado, se hallan irremediablemente superadas por la evolución económica y social de nuestro tiempo. (...) En la coyuntura actual, lo mismo el disfrute de las libertades que es de los derechos sociales exigen una política social apropiada y unas medidas económicas por parte del Estado. (...) Sin una acción eficaz de los poderes públicos dirigida a garantizar el disfrute de las libertades por todos los ciudadanos, éstas de hecho sólo pueden ser utilizadas por quienes poseen los medios materiales para servirse de ellas, por más que formalmente estén reconocidas a todos.

¹ El texto puede consultarse en el sitio de la Corte Interamericana, http://www.corteidh.or.cr/serie_c/c_63_esp.html.

El Tribunal Constitucional también se ha hecho eco de esta unidad esencial. Muestra de ello es la S.^ª 181/2000, de 20 de junio, en la que, con cita como precedentes de las SS. TC 53/1985, de 11 de abril, y 129/1989, de 17 de julio, se dice lo siguiente:

“Igualmente, debemos recordar que de la obligación del sometimiento de todos los poderes públicos a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la eficacia de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos (los impulsos y líneas directivas), obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa”

2. EL DERECHO A LA PROTECCION DE LA VIDA

Esta evolución política y jurídica en el tratamiento de los derechos humanos queda bien patente cuando se trata del derecho a la vida, que ha ido adquiriendo progresivamente contenidos más complejos a partir del primario y elemental de preservar al individuo, frente al Estado, de cualquier acción tendente a privarle de la vida o a ponerla en peligro.

A. Evolución del reconocimiento constitucional

El propio reconocimiento constitucional y legal del derecho refleja ya una primera línea de evolución. Curiosamente, pese a ser el derecho a la vida, en un orden lógico, el primero de los derechos fundamentales, –requisito previo y presupuesto de ejercicio de cualquier otro derecho–, no figuraba en las formulaciones clásicas: ni en el británico *Bill of Rights* ni en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de los revolucionarios franceses ni en los Artículos de Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América. La razón no es tanto, como podría parecer obvio, por darse por supuesto, sino que se debe, de un modo básico, al mantenimiento de la pena de muerte, que obliga, cuando se permite, aunque sea excepcionalmente, a establecer una cláusula de salvaguardia, como ocurre en el artículo 15 de la Constitución española. Por ello, cuando las tesis abolicionistas comienzan a prevalecer, las formulaciones más recientes del derecho incluyen restricciones y, finalmente, prohibiciones de la pena de muerte. La Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, en su artículo 4, restringe la posibilidad, excepcional, de aplicación de la pena de muerte y se proscribiera su restablecimiento por los países que la han abolido. En 1984 el Protocolo núm. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales acuerda

su abolición, pura y simple, con la única posibilidad excepcional de la previsión legal para tiempo de guerra. Y en 2000, la Carta de Derechos Fundamentales en la Unión Europea, al reconoce en su artículo 2 el derecho a la vida, establece, ya sin excepciones, que “nadie puede ser condenado a pena de muerte, ni ejecutado”, lo que se constituye en el nuevo parámetro para los Estados miembros y para los candidatos a serlo.

B. Evolución jurisprudencial

No queda ahí, sin embargo, la evolución, sino que a partir de su reconocimiento constitucional, el derecho a la vida empieza a adquirir, además del contenido básico inicial de preservar al individuo, frente al Estado, de cualquier acción tendente a privarle de ella, una obligación positiva: la de arbitrar los mecanismos adecuados para proteger la vida de los ciudadanos, tanto en el plano material, como en el jurídico. En éste, la protección tiene lugar, de modo prioritario, a través de la tutela penal, mediante la tipificación como delito y la sanción de las conductas que priven de la vida a otro o que la pongan en peligro. En el plano material, se vincula con los derechos sociales, especialmente a través del reconocimiento y garantía del derecho a la salud y a habitar en un ambiente saludable, y también al desarrollo, a la protección contra el hambre y a la preservación de la paz.

a) *Tribunal Constitucional español (TC)*

El Tribunal Constitucional español se hace eco de esta tendencia. En una primera sentencia, la S.^ª 108/83, de 29 de noviembre, frente a la alegación por el recurrente en amparo del artículo 15 de la Constitución respecto a la denegación de la acción penal para perseguir un posible delito, intentado, contra la vida, estimó que sólo estaba en juego el artículo 24.1, como derecho a la acción o derecho a la jurisdicción o derecho a la tutela judicial efectiva, ya que el reconocimiento constitucional del derecho a la vida sólo tendría relación con el contenido posible del proceso penal, pero “resulta equivocado traer aquí a colación tal precepto constitucional [el artículo 15] para anudar a las resoluciones judiciales impeditivas, en la tesis del demandante, de la acción penal, un atentado a tal derecho fundamental”.

La obligación, jurídica, de protección penal del derecho a la vida, aparece sin embargo poco después, en la S.^ª del Pleno 53/1985, de 11 de abril. Se trataba del recurso previo de inconstitucionalidad interpuesto contra el Proyecto de Ley de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, sobre la penalización del aborto. El TC, en esta ocasión, tras recoger, con carácter previo, que “los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste”, así como su

condición de "componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran", llega a la afirmación que la protección que la Constitución dispensa al "nasciturus", como bien constitucionalmente protegido (aunque no como titular del derecho a la vida) implica para el Estado, además de la obligación de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, "la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales"².

De nuevo tiene ocasión el TC de pronunciarse sobre el contenido de este derecho fundamental en las SS. 120/1990, de 27 de junio, y 137/90, de 19 de julio, dictadas con ocasión de la huelga de hambre de presos del GRAPO, en las que aparece ya la obligación de protección material. Los recurrentes pedían el amparo, alegando el derecho a la vida, frente a la decisión judicial que autorizaba a prestarles asistencia médica obligatoria. El TC, tras recordar la ya señalada doble dimensión del derecho fundamental a la vida, de protección del individuo frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su vida, y de obligación de los poderes públicos de adoptar las medidas necesarias para protegerla frente a los ataques de terceros, concluye que el derecho a la vida tiene "un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte"³. El TC también tenía en cuenta, en este caso, que en la concreta situación de los internos en un establecimiento penitenciario, donde la Administración penitenciaria está obligada legalmente a velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia⁴. La asistencia médica obligatoria para evitar la muerte se manifiesta en este caso como un medio imprescindible para evitar la pérdida del bien de la vida de los internos, que el Estado tiene obligación legal de proteger⁵.

² De ahí obtiene la mayoría del TC, la discutible conclusión — con cinco votos particulares en contra — de que el proyecto de Ley Orgánica por el que se introducía el artículo 417.bis del Código Penal era disconforme con la Constitución, "no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 CE, que resulta por ello vulnerado".

³ De modo coherente con esta concepción, al ser la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquella fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del "agere licere", en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho.

⁴ Deber que le viene impuesto por el artículo 3.4 LOGP.

⁵ El TC tiene en cuenta, para denegar el amparo que solicitaban en este caso los internos que el órgano judicial había llevado a cabo una adecuada ponderación de esta obligación de la Administración penitenciaria y el derecho a la libertad y dignidad de los internos, fijando las condiciones de tal asistencia médica. Por las mismas razones, deniega, en la posterior S.^ª 11/91, de 17 de enero, el amparo que en esa ocasión demandaba el Ministerio Fiscal frente a la resolución judicial que había autorizado

La tutela frente a la puesta en peligro de la vida por la actuación del Estado se pone de manifiesto en la S.^ª núm. 48/1996, de 25 de marzo. Se trata en ella de la puesta en libertad condicional de los penados que padezcan una enfermedad muy grave e incurable que, según el TC, tiene su fundamento en el riesgo cierto que para su vida y su integridad física pueda suponer la permanencia en el recinto carcelario, por lo que su denegación infundada vulneraría el derecho fundamental protegido.

El último paso, en el orden cronológico, se da en la S.^ª 181/2000, de 20 de junio, con ocasión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por varios jueces contra el sistema de valoración del perjuicio corporal en hechos de la circulación. Para el Pleno del TC "[l]a protección constitucional de la vida y de la integridad personal (física y moral) no se reduce al estricto reconocimiento de los derechos subjetivos necesarios para reaccionar jurídicamente frente a las agresiones a ellos inferidas, sino que, además, contiene un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad, dirigido al legislador y que debe presidir e informar toda su actuación, incluido el régimen legal del resarcimiento por los daños que a los mismos se hubiesen ocasionado."

b) *Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)*

Un camino similar, aún más incisivo, dada la índole de los casos que se le sometieron, ha sido recorrido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El desarrollo jurisprudencial ha estado, en este caso, favorecido por el texto de la Convención Europea, que establece, en su artículo 2, que "el derecho a la vida está protegido por la ley".

La obligación primaria del Estado en cuanto a la protección de la vida, la abstención de provocar la muerte, comprende no sólo el homicidio intencional, sino también las situaciones en que un uso legítimo de la fuerza puede conducir a causar la muerte de modo involuntario. En este sentido, sólo será uso legítimo de la fuerza el "absolutamente necesario". De este modo, el TEDH estimó en la S.^ª 27 de noviembre de 1995, *McCann y otros c/ Reino Unido*, que hubo vulneración del derecho en la muerte de tres miembros del IRA en Gibraltar, sospechosos de preparar un coche bomba, porque había otros medios para evitarlo; en la S.^ª de 27 de julio de 1998, caso *Güleç c/ Turquía*, se estimó que hubo un uso desproporcionado frente a una manifestación. El TEDH apreció también vulneración del derecho a la protección de la vida en la S.^ª de 19 de octubre de 1997, *Andronicou y Constantinou c/ Chipre*, en un supuesto de uso de la fuerza por la policía para poner fin a un secuestro, en el que murió la rehén, y en el caso *Ergi c/ Turquía*, S.^ª de 28 de julio de 1998, por preparación insuficiente de una operación armada que acabó en la muerte de una persona.

La protección opera también frente a la puesta en

tal asistencia sólo en caso de pérdida de conciencia o de peligro de muerte.

peligro de la vida por parte del Estado. En el caso *D. c/ Reino Unido*, S.^º de 2 de mayo de 1997, se estima vulnerado el derecho por la expulsión de un súbdito de St. Kitts y Nevis, detenido en Gattwick con cocaína, que estaba recibiendo en el Reino Unido tratamiento contra el SIDA. También era el Reino Unido el Estado demandado en el asunto *L.C.B.*, S.^º de 9 de junio de 1998, que trataba de los riesgos para la vida que se habían derivado de las pruebas nucleares llevadas a cabo por el ejército británico en las islas Chirstmas, en las que había participado el padre de la demandante. En este caso el TEDH declaró, con carácter general que el derecho a la protección de la vida implicaba, por parte del Estado, la obligación de adoptar "las medidas necesarias para salvaguardar la vida de quienes se encuentran bajo su jurisdicción".

La obligación de protección de la vida de las personas situadas bajo la jurisdicción del Estado opera también frente a ataques de terceros. En este caso, el deber de protección implica, tal como quedó sistematizado en el caso *Kiliç c/ Turquía*, S.^º de 28 de marzo de 2000:

a) el de implantar una legislación penal concreta que disuada de cometer atentados contra la vida;

b) el de disponer de mecanismos de aplicación aptos para prevenir, reprimir y sancionar la violación de tal legislación;

y c) la obligación positiva del Estado, en circunstancias determinadas, de adoptar medidas preventivas de carácter práctico para proteger al individuo cuya vida esté amenazada por los actos criminales de otro (SS.^º de 28 de octubre de 1989, caso *Osman c/ Reino Unido*; 28 de marzo de 2000, caso *Mahmut Kaya c/ Turquía*; y 10 de octubre de 2000, *Akkoç c/ Turquía*).

Esta obligación concreta de protección material frente a amenazas contra la vida opera, de modo especial, cuando "las autoridades sabían o hubieran debido saber que uno o varios individuos estaban amenazados de modo real e inmediato", como ocurría en el citado caso *Osman*, en que se trataba de un estudiante objeto de persecución obsesiva por parte de un profesor, denunciada con anterioridad. En el también citado caso *Kiliç*, en que se declaró la vulneración del artículo 2 del Convenio, la víctima había pedido protección al prefecto ante las amenazas recibidas por trabajadores, distribuidores y vendedores del periódico *Özgür Gündem*, del que era periodista, sin que se le dispensara. Incluso, tal como se trató en la S.^º de 3 de abril de 2001, *Keenan c/ Reino Unido*, en un supuesto de suicidio de un preso con problemas mentales, cabría cuestionarse, en determinados supuestos, si esta obligación se extiende a aquellos supuestos en que la amenaza contra la vida provenga del propio sujeto.

Finalmente ha sido establecida de modo reiterado la obligación, de protección jurídica, de llevar a cabo una investigación eficaz en delitos contra la vida, que el TEDH relaciona con los artículos. 1º (obligación de reconocimiento efectivo de los derechos) y 13 (recurso efectivo en caso de vulneración), (SS 27 de noviembre de 1995, *McCann y otros c/ Reino Unido*; 19 de febrero de 1998, *Kaya c/ Turquía*; 28

de julio de 1998, *Ergi c/ Turquía*; 2 de septiembre de 1998, *Yasa c/ Turquía*; y dos sentencias de 8 de julio 1999, *Çalici c/ Turquía* y *Tanrikulu c/ Turquía*).

Esta obligación es especialmente vinculante en los casos en que la muerte se haya producido en el curso de una acción policial (SS 27 de septiembre de 1995, caso *McCann y otros c/ Reino Unido*, relativo a una operación en Gibraltar contra miembros del IRA; de 14 de noviembre de 2000, caso *Ta c/ Turquía*, y de 14 de diciembre de 2000, caso *Gül c/ Turquía*). El TEDH ha estimado, a este respecto, que no cumplía la obligación derivada del Convenio la investigación a cargo de consejos administrativos establecidos para determinados delitos imputados a agentes del Estado y compuestos de funcionarios dependientes del prefecto, que es precisamente el responsable de las fuerzas de seguridad denunciadas y en los que la investigación se encarga a menudo a policías de las mismas unidades implicadas en el accidente (SS de 27 de julio de 1998, *Güleç c/ Turquía*; y 20 de mayo de 1999, *Ogur c/ Turquía*). De modo general, se ha apreciado igualmente vulneración en la S.^º de 10 de mayo de 2001, *Chipre c. Turquía*, relativa a la desaparición de grecochipriotas tras la intervención turca en el norte de Chipre. Hay que hacer notar, sin embargo, que esta ausencia de una investigación suficiente no sólo se ha presentado en casos en que estaba implicado el Estado turco. Recientemente se ha apreciado también en cuatro SS de 4 de mayo de 2001, todas relativas al Reino Unido, casos *Hugh Jordan y Khmer*, y *Kelly y otros* (uso de armas por un funcionario de policía) y caso *Shanaghan* (asesinato reivindicado por el grupo "lealista" irlandés UFF)

Finalmente, el TEDH ha tenido que ocuparse también de desapariciones forzadas. En las SS de 25 de mayo de 1998, caso *Kurt c/ Turquía*; 8 de julio de 1999, *Çakici c/ Turquía*; 9 de mayo de 2000, *Ertak c/ Turquía*; 13 de junio de 2000, *Timurtas c/ Turquía*; y 27 de febrero de 2001, *Çiçek c/ Turquía*, el TEDH recoge la doctrina de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de la Corte Interamericana sobre los desaparecidos y resalta la especial obligación de investigación en estos supuestos.

En los casos de privación de libertad, el TEDH tenía ya una doctrina básica sobre la garantía contra los malos tratos: cuando el detenido, en el momento de la detención, gozaba de buena salud, y se comprueba que está lesionado en el momento de la liberación, el Estado está obligado a proporcionar una explicación plausible sobre el origen de las lesiones, sin la cual habría vulneración del artículo 3 del Convenio (casos *Tomasi c/ Francia*, *Ribitsch c/ Austria* y *Selmouni c/ Francia*). Aplicando esta doctrina cuando a la muerte ocurría durante la detención, el Tribunal, en la S.^º de 18 de mayo de 2000, caso *Velikova c/ Bulgaria*, establece la obligación del Estado de ofrecer una explicación suficiente, sin la cual puede ser encontrado responsable de la muerte. La doctrina se reitera en la S.^º de 21 de noviembre de 2000, caso *Demiray c/ Turquía*. Incluso, dependiendo de las circunstancias, y aun en ausencia del cuerpo, el TEDH estima que también

puede haber violación del artículo 2 si hay pruebas circunstanciales suficientes que permiten presumir que la muerte se produjo durante la detención (casos *Çakici c/ Turquía* y *Ertak c/ Turquía*, ya citados)⁶.

3. EL CASO VILLAGRAN MORALES Y OTROS. LOS NIÑOS DE LA CALLE EN GUATEMALA A PRINCIPIOS DE LOS NOVENTA. LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Nº 63, DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1999

Pero ha sido, sin duda, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) la que ha profundizado más en este camino, que se pone gráfica y aun dramáticamente de manifiesto en la S.^a sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 63, de 19 de noviembre de 1999, en el caso *Villagrán Morales y otros*, también conocido como el *caso de los niños de la calle*, relativo al secuestro, la tortura y el asesinato de Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval y Jovito Josué Juárez Cifuentes; el asesinato de Anstrum [Aman] Villagrán Morales; y la omisión de los mecanismos del Estado de tratar dichas violaciones como correspondía, y de brindar acceso a la justicia a las familias de las víctimas.

Tal como estableció el Tribunal a través de la prueba practicada ante él, las víctimas, Henry Giovanni Contreras, de 18 años de edad; Federico Clemente Figueroa Túnchez, de 20 años; Julio Roberto Caal Sandoval, de 15, Jovito Josué Juárez Cifuentes, de 17, y Anstrum Aman Villagrán Morales, también de 17 años, eran "niños de la calle", amigos entre sí y vivían en la 18 calle, entre la 4^a y 5^a avenidas, en la zona 1 de la Ciudad de Guatemala; dentro de ese área frecuentaban particularmente el sector conocido como "Las Casetas", ocupado por puestos de venta de alimentos y bebidas, sector que fue el escenario de los hechos del presente caso.

En aquel período, 1990, según estableció la Corte, la zona de "Las Casetas" era notoria por tener una alta tasa de delincuencia y criminalidad y además abrigaba un gran número de "niños de la calle". También se comprobó por la Corte Interamericana

que, en la época en que sucedieron los hechos, existía en Guatemala un patrón común de acciones al margen de la ley, perpetradas por agentes de seguridad estatales, en contra de los "niños de la calle"; esta práctica incluía amenazas, detenciones, tratos crueles, inhumanos y degradantes y homicidios como medio para contrarrestar la delincuencia y vagancia juvenil.

La Corte, tras relatar el contexto, describe los hechos del siguiente modo:

"a. Secuestro y homicidio de Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval y Jovito Josué Juárez Cifuentes:

"En horas diurnas del 15 de junio de 1990, en el área de 'Las Casetas', una camioneta se acercó a los jóvenes Contreras, Figueroa Túnchez, Caal Sandoval y Juárez Cifuentes; de dicho vehículo bajaron hombres armados, que obligaron a los jóvenes a subir al mismo y se los llevaron.

Los cuerpos de los jóvenes Juárez Cifuentes y Figueroa Túnchez fueron encontrados en los Bosques de San Nicolás el 16 de junio de 1990 y los cadáveres de los jóvenes Contreras y Caal Sandoval fueron descubiertos en el mismo lugar el día siguiente. La causa de la muerte fue oficialmente atribuida, en todos los casos, a lesiones producidas por disparos de armas de fuego en el cráneo".

b. Torturas a Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Jovito Josué Juárez Cifuentes y Julio Roberto Caal Sandoval:

"Los jóvenes Juárez Cifuentes y Figueroa Túnchez permanecieron como mínimo 10 horas en poder de los secuestradores y los otros dos, Contreras y Caal Sandoval, estuvieron retenidos al menos 21 horas por aquéllos".

c. Homicidio de Anstrum Aman Villagrán Morales:

"Aproximadamente a la medianoche del día 25 de junio de 1990 fue muerto Anstrum Aman Villagrán Morales, mediante un disparo de arma de fuego, en el sector de "Las Casetas".

También se detalla en los antecedentes del caso, que la investigación llevada a cabo por la Sección de Menores del Departamento de Investigaciones Criminológicas de la Policía Nacional señaló como presuntos responsables de los homicidios a dos agentes de policía, Néstor Fonseca López y Samuel Rocaél Valdez Zúñiga y como cómplice a Rosa Trinidad Morales Pérez. Como uno de los responsables directos de la muerte de Anstrum Villagrán se identificó a Valdez Zúñiga. Sin embargo, en la causa abierta en el Juzgado 3^o de Primera Instancia del Ramo Penal de Sentencia de Ciudad de Guatemala, se dictó sentencia absolutoria de todos los acusados. El Juzgado entendió que no eran apreciables como pruebas los testimonios de las madres de tres de los menores porque, en tal condición, adolecían de "tacha absoluta", que tampoco era atendible, por falta de objetividad, el testimonio del director de una ONG de asistencia social, porque "abriga y presta protección a los niños de la calle, entre los que se encontraban los fallecidos, por lo que es susceptible de tacha relativa", que tampoco lo eran las deposiciones de seis testigos, ellos mismos niños de la

⁶ También se ha pronunciado en sentido similar el Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en cuanto a la especial responsabilidad del Estado cuando se trata de una muerte producida por la acción de uno de sus agentes. El Comité, en su Comentario General 6/1982, párr. 3 luego reproducido en el Comentario General 14/1984, párr. 1, señala que "los Estados Partes deben tomar medidas no sólo para prevenir y castigar la privación de la vida [causada por] actos criminales sino también para prevenir los homicidios arbitrarios [cometidos por] sus propias fuerzas de seguridad. La privación de la vida por autoridades del Estado es una cuestión de suma gravedad. En consecuencia, [el Estado] debe controlar y limitar estrictamente las circunstancias en las cuales [una persona] puede ser privada de su vida por tales autoridades" (La cita se toma del párrafo 145 de la S.^a 63, de 19 de noviembre de 1999, de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, a quien también corresponde la traducción).

calle, al no señalar ninguno de ellos de modo directo a los acusados y que tampoco podía atender como elemento de convicción a las declaraciones de los investigadores policiales. La sentencia, sin embargo, no explicaba por qué no tenía en cuenta otros reconocimientos personales o la prueba balística que señalaba que el proyectil encontrado en el cuerpo de Villagrán había sido disparado por el arma que tenía como equipo el policía Valdez Zúñiga.

La sentencia del Juzgado, contra la que recurrió el fiscal, fue confirmada por la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones de Guatemala, tras denegar la práctica de pruebas propuestas para "mejor fallar". La Corte insistió en la valoración probatoria llevada a cabo por el Juzgado, desestimando por "tacha absoluta" el testimonio de una menor, por ser ella también "directamente ofendida" por haber sido secuestrada días antes de los hechos, así como la de otros niños en las que resalta supuestas contradicciones y estimaba que la prueba balística no demostraba por sí misma la implicación del agente que tenía asignada el arma.

El Ministerio Público presentó finalmente recurso de casación, desestimado por la Corte Suprema.

De la reseña que se hace de la investigación llevada a cabo y de los testimonios recogidos por la propia Corte Interamericana, resultan, entre otros datos, que dos testigos, madre e hija, que hicieron constar el miedo que tenían (hasta el punto de que la madre había optado por marcharse a los EE.UU.) vieron que una persona, identificada como el agente Valdez Zúñiga, se marchaba con el menor Villagrán Morales, que poco después sonó un disparo, que el menor salió hasta chocar con un puesto y caer muerto y que luego salió el agente, de paisano, quien incluso amenazó a otro menor con darle "también un tiro", y que se fue con otro identificado como el agente Fonseca. También hubo numerosos testimonios que identificaban a miembros de la policía, entre los que se encontraban los agentes Valdez y Fonseca, como autores de los secuestros de los demás jóvenes.

La Corte Interamericana, a través de la prueba que practica directamente, llega a la convicción de que los secuestros de los cuatro jóvenes (Contreras, Figueroa, Juárez y Caal) fueron perpetrados por miembros de la Policía Nacional y que también eran miembros de la Policía Nacional, quienes dieron muerte a esos cuatro jóvenes y a Anstram Aman Villagrán Morales⁷.

⁷ Esta convicción la establece sobre la base de los siguientes elementos de juicio:

— fueron agentes del Estado quienes aprehendieron a los cuatro jóvenes cuyos cadáveres aparecieron en los Bosques de San Nicolás. Los hechos posteriores a la aprehensión, que remataron en el homicidio de los jóvenes, implicaron un despliegue de medios de movilización y agresión muy semejantes, si no idénticos, a los utilizados para realizar el secuestro.

— según varios testigos, los homicidas de Anstram Aman Villagrán Morales actuaron —como los secuestradores de los cuatro jóvenes— en la vía pública, sin ocultar sus rostros, moviéndose con parsimonia, a la vista de numerosas personas, hasta el punto de que, después de haber ultimado a la víctima, permanecieron en los alrededores consumiendo cerveza y antes de retirarse definitivamente del lugar regresaron a las inmediaciones del cadáver y amenazaron a los eventuales testigos;

— Anstram Aman Villagrán Morales era amigo y frecuentaba

Como consecuencia de haber sido perpetrados por agentes estatales, la Corte concluye debe concluir, necesariamente, que los cinco homicidios son imputables al Estado. Para ello, la Corte tiene en cuenta la doctrina que había establecido con anterioridad en la S.^a núm. 37, de 8 de marzo de 1998, caso *Paniagua Morales*, según la cual "[p]ara establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención, no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuye los hechos violatorios. Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención". La Corte había estimado, en la misma sentencia, que "también se compromete la responsabilidad internacional del Estado cuando éste no realice las actividades necesarias, de acuerdo con su derecho interno, para identificar y, en su caso, sancionar a los autores de las propias violaciones".

La sentencia termina estimando que, en este caso, hubo por ello violación por parte del Estado del derecho a la vida, garantizado por el artículo 4^º de la Convención, al igual que también declaró que había vulnerado, respecto de cuatro de las víctimas, la garantía frente a la tortura reconocida en el artículo 5^º de la Convención, por razón de las graves muestras de violencia física que presentaban los cadáveres cuando fueron descubiertos, y las garantías de los artículos 25, 8 y 1.1 sobre protección judicial y garantías judiciales, por causa de las sonoras deficiencias de los procesos seguidos para la persecución interna de los delitos.

la compañía de los cuatro jóvenes secuestrados, y había sido advertido en la misma noche de los hechos y en términos amenazadores, por la administradora de un kiosco, amiga de los homicidas, de que también se le daría muerte;

— diferentes testigos que declararon ante los investigadores y jueces internos, algunos de los cuales rindieron testimonio ante esta Corte, manifestaron que los secuestradores de los cuatro jóvenes y los homicidas de Anstram Aman Villagrán Morales eran las mismas personas;

— tanto en el lugar donde aparecieron los cadáveres de los primeros cuatro jóvenes como en el sitio en que cayó herido de muerte Anstram Aman Villagrán Morales, fueron encontrados elementos de proyectiles disparados por armas de fuego de dotación policial. En el caso de los elementos encontrados cerca del cadáver de Villagrán Morales se pudo establecer pericialmente, que el proyectil había sido disparado por el revólver de dotación de uno de los agentes de policía reconocido por los testigos como autor de los hechos;

— las investigaciones realizadas por la Policía Nacional, por orden de los jueces internos, y que fueron aportadas a los procesos judiciales correspondientes, llegaron a la conclusión de que los homicidas de los jóvenes cuyos cuerpos aparecieron en los Bosques de San Nicolás y de Anstram Aman Villagrán Morales eran los dos agentes identificados por los testigos; y

— las informaciones fidedignas de contexto a las que ya se ha hecho referencia (*supra*, párr. 59 c) y que se refieren a un patrón generalizado de violencia contra los "niños de la calle" por parte de agentes de los cuerpos de seguridad del Estado, comprenden, en particular, actos de homicidio colectivo e individualizado y abandono de cadáveres en zonas deshabitadas." (parágrafo 142 de la sentencia).

4. LA VULNERACION DEL DERECHO A LA VIDA EN LA SENTENCIA Y EL VOTO PARTICULAR DE LOS MAGISTRADOS CANÇADO TRINDADE Y ABREU BURELLI

El Tribunal Interamericano recoge en su sentencia los alegatos finales de la Comisión sobre el derecho a la vida. La Comisión había señalado que el reconocimiento de este derecho, relacionado con el artículo 1.1 de la Convención (principio de protección efectiva), “no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva)”. Sobre esta base, la Comisión había concluido que el Estado había violado los dos aspectos del mencionado derecho “porque al tiempo en que los hechos tuvieron lugar, los “niños de la calle” eran objeto de diversas formas de persecución, incluyendo amenazas, hostigamientos, torturas y homicidios. Como consecuencia de esta situación, hubo un número sustancial de denuncias a las que el Estado ha debido responder con investigaciones efectivas, persecuciones y sanciones; sin embargo, los agentes estatales responsables fueron raramente investigados o condenados dando lugar a una impunidad *de facto* que permitía, y hasta alentaba, la persistencia de estas violaciones contra los “niños de la calle”, haciéndolos aún más vulnerables”.

La Corte Interamericana asume este punto de vista de la Comisión. De este modo, establece, en el núm. 144 de su sentencia, el contenido esencial del derecho a la vida, que garantiza el artículo 4 de la Convención Americana, en los siguientes términos:

“144. El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.”

También señaló la Corte la especial gravedad que, a su juicio, revestía este caso, “por tratarse las víctimas de jóvenes, tres de ellos niños, y por el hecho de que la conducta estatal no solamente viola la expresa disposición del artículo 4 de la Convención Americana, sino numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción”.

Hasta aquí, sin embargo, la doctrina de la Corte Interamericana, no se aparta significativamente de

lo que también ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre el derecho a la vida, en los términos ya señalados.

Sin embargo, el Tribunal interamericano no se queda en esta declaración de que el Estado, en este caso, había vulnerado la garantía establecida en la Convención, al igual que también declaró que había vulnerado, respecto de cuatro de las víctimas, la garantía frente a la tortura reconocida en el artículo 5º de la Convención, por razón de las graves muestras de violencia física que presentaban los cadáveres cuando fueron descubiertos.

La Comisión, al presentar el caso ante la Corte, había alegado también la violación por el Estado guatemalteco del artículo 19 de la Convención Americana, que establece que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Según la Comisión, el Estado habría vulnerado esta obligación “al omitir tomar medidas adecuadas de prevención y protección en favor de Julio Roberto Caal Sandoval, de 15 años, Jovito Josué Juárez Cifuentes, de 17 años, y Anstram Aman Villagrán Morales, también de 17 años de edad”.

Sobre la base de esta alegación es como se construye por la CIDH una doctrina novedosa sobre el contenido positivo del reconocimiento del derecho a la vida que, dando un paso más, se sitúa en una fase anterior de protección. Esta perspectiva se profundiza aún en el voto particular de los magistrados Cançado Trindade y Abreu Burelli.

La Comisión ya había hecho notar el “grave riesgo para el desarrollo e inclusive para la vida [...] mism[a] a que se ven expuestos los “niños de la calle” por su abandono y marginación por la sociedad, situación que “se ve agravada en algunos casos por la exterminación y la tortura de que son objeto menores por escuadrones de la muerte y por la Policía misma”.

La Comisión, según se recoge en la sentencia, “describió a los tres niños víctimas de los hechos de este caso como personas que vivían en condiciones socioeconómicas extremadamente precarias y que luchaban por sobrevivir solos y temerosos en una sociedad que no los acogía, sino que los excluía”. Además afirmó que, “como el Estado se abstuvo de tomar medidas de investigación efectivas y perseguir y castigar a los responsables, exacerbó el riesgo de violaciones de derechos en perjuicio de los “niños de la calle” en general y de las víctimas de este caso en particular”.

Este planteamiento del caso por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos da pie a la CIDH a traer a colación, como contenido específico del derecho general de “protección” establecido por el artículo 19 del Convenio, las disposiciones de la Convención sobre Derechos del Niño y, en concreto, su artículo 6, según el cual “todo niño tiene derecho intrínseco a la vida”, y “los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

A través de este enfoque, la Corte parte del hecho

“público y notorio”, establecido en la misma sentencia, de que en la época en que ocurrieron los hechos “existía en Guatemala una práctica sistemática de agresiones en contra de los “niños de la calle”, ejercida por miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, que comprendía amenazas, persecuciones, torturas, desapariciones forzadas y homicidios”. Los hechos que enjuició se vinculan, pues, con este “patrón de violencia contra “niños de la calle” en Guatemala”.

Sobre esta constatación fáctica, la Corte declara “la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado (...) el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo”. Y es en este contexto donde, en ejercicio de lo que denomina la *interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección* donde establece la doble agresión de la que, a su juicio, habían sido víctimas los “niños de la calle”, que no sólo se produce cuando se ha atentado físicamente contra la vida, sino que había tenido lugar ya antes, cuando “los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el *pleno y armonioso desarrollo de su personalidad*” del que habla el Preámbulo de la Convención de Derechos del Niño y que le ha privado ya del derecho de “alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece”.

No era la primera vez que la CIDH utiliza este concepto de “proyecto de vida” en sus sentencias. Anteriormente, en la S.^a núm. 42, de 27 de noviembre de 1998, caso *Loayza Tamayo*, sobre reparaciones⁶, en el que la víctima había solicitado a la Corte pronunciarse sobre la indemnización que pudiera corresponderle bajo el concepto de daños al “proyecto de vida”. La Corte, en este caso, “atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”.

El “proyecto de vida” —en la concepción de la CIDH— se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone, por lo que “su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad”. En aquel caso, la CIDH estimó que existió, como consecuencia del exilio forzado de la víctima, un daño al proyecto de vida, “entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, [que] implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable”, que daba derecho a una reparación específica, con los medios apropiados, distinta de los conceptos indemnizatorios clásicos de daño emergente y lucro cesante.

⁶ La S.^a 42 se dicta para fijar la reparación debida a las vulneraciones de derechos de la Sra. Loayza Tamayo, declaradas en la S.^a núm. 33, de 17 de septiembre de 1997.

La CIDH estimó igualmente en aquel casos, que se quebrantaba el proyecto de vida cuando la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, “con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses”.

A partir de este antecedente, la CIDH, en la sentencia *Villagrán* se refiere al “proyecto de vida” como primera agresión de la que fueron objeto, con su abandono, los *Niños de la calle*.

El voto particular del Presidente de la Corte, Antônio Cançado Trindade, y del magistrado Alirio Abreu Burelli, profundiza esta concepción.

Los magistrados, en el voto particular concordante, parten, como dato pacífico tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de que el derecho a la vida implica medidas positivas de protección por parte del Estado, que no se cumplen como, como ocurría en el caso de autos, “no se evitan las circunstancias que igualmente *conducen* a la muerte de personas”.

Pero lo que, en opinión de los autores del voto particular, otorgaba especial gravedad al caso no era sólo la muerte de niños a manos de agentes policiales del Estado, sino “la circunstancia agravante de que la vida de los niños ya carecía de cualquier sentido; es decir, los niños victimados ya se encontraban privados de crear y desarrollar un proyecto de vida y aun de procurar un sentido para su propia existencia”.

De este modo, se sitúa ya directamente en el ámbito del derecho a la vida lo que en la sentencia se trata sólo como una vulneración del deber especial de protección a los niños, establecido en el artículo 19 de la Convención Americana, aunque, como ya se ha visto, a través de éste se traiga también a colación el derecho *intrínseco* a la vida de los niños recogido en el artículo 6.1 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En el voto particular, sin embargo, se trata ya abiertamente del contenido positivo del derecho a la vida, que cobra especial dimensión, según sus firmante, cuando se trata de la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo, como son los niños en la calle. De este modo, la privación arbitraria de la vida “se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad”.

El voto particular se cierra con estas declaraciones que, por su hondo sentido jurídico y valor humano es-timo preferible transcribir literalmente, como colofón:

6. (...) En los últimos años, se han deteriorado notoriamente las condiciones de vida de amplios segmentos de la población de los Estados Partes en la Convención Americana, y una interpretación del derecho a la vida no puede hacer abstracción de esta realidad, sobre todo cuando se trata de los niños en situación de riesgo en las calles de nuestros países de América Latina.

7. Las necesidades de protección de los más débiles, —como los niños en la calle—, requieren en

definitiva una interpretación del derecho a la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna. De ahí la vinculación inexorable que constatamos, en las circunstancias del presente caso, entre los artículos 4 (derecho a la vida) y 19 (derechos del niño) de la Convención Americana, tan bien articulada por la Corte en los párrafos 144 y 191 de la presente Sentencia.

8. Creemos que el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su

desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana. (...)

9. Una persona que en su infancia vive, como en tantos países de América Latina, en la humillación de la miseria, sin la menor condición siquiera de crear su proyecto de vida, experimenta un estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual; la muerte física que a ésta sigue, en tales circunstancias, es la culminación de la destrucción total del ser humano.

DIJUSA

LIBROS JURIDICOS
902 22 66 00

PARTICIONES HEREDITARIAS, LIQUIDACION DE GANANCIAS Y DEMANDAS JUDICIALES

*Formularios, textos legales, comentarios
y jurisprudencia.*

4 Tomos (4.400 Pags. aprox.) + Cd-Rom

Por su amplitud, se trata de un importante tratado sobre sucesiones. Sin duda constituye una herramienta imprescindible para el profesional del derecho, dado que le facilita todos los formularios idóneos para su tratamiento personalizado en esta materia, posibilitando descargar en la pantalla de su PC, aquel que le sea preciso en cada caso concreto.

Precio: 390,66 65.000 ptas

Autor: Carlos Vázquez Iruzubieta

VISITE LA MAYOR BIBLIOTECA ON-LINE

www.dijusa.com

dijusa@preteritas.es

RECURSOS Y OTROS MEDIOS DE IMPUGNACION

Los RECURSOS de Impugnación...

Estudio exhaustivo de todos los recursos, con aportaciones críticas, sugiriendo criterios de interpretación avalados por la abundante jurisprudencia de Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, que no ha perdido vigencia pese al cambio. Publicación eminentemente práctica. Se estructura en 13 capítulos que analizan los recursos contenido en los títulos IV, V y VI de esta nueva Ley. Incluye criterios sobre recurribilidad, admisión y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal regulados en la nueva LEC.

Precio: 43,48 7.235 ptas

Autor Manual Navarro Hernan

La ley colombiana de seguridad y defensa nacional: constitucionalidad y significación dentro del “Plan Colombia”

Juan MONTAÑA y Marcos CRIADO

El proceso de rearme y modernización de la Fuerza Pública colombiana (Policía y Ejército) que el Gobierno Pastrana lleva a cabo desde hace dos años, culmina ahora con la Ley 684 de 13 de agosto de 2001 de Seguridad y Defensa Nacional (LSDN), que procede a una organización del mando y el planeamiento militar con vistas a una acción conjunta de las Fuerzas Armadas y la Policía para el mantenimiento del orden público. Si el objetivo de las dotaciones presupuestarias y la ayuda internacional era el de “incrementar la capacidad operacional de la Fuerza Pública colombiana”, éste es también el objetivo de la legislación en examen, que no es sino una ley para la guerra en una situación de conflicto armado. Es por tanto una ley que incide en la solución militar del conflicto, a pesar de que existe un proceso de paz abierto. Esta apuesta por la solución militar, junto a disposiciones concretas de la norma que plantean problemas de constitucionalidad, despertaron la alarma de los grupos defensores de los derechos humanos². Uno y otro aspecto se tendrán en cuenta, por lo que en el trabajo que presentamos se pretende dar noticia de la LSDN desde una doble vertiente: de un lado, desde la reconfiguración política producida por el “Plan Colombia” y su acentuación del aspecto militar del conflicto; de otro, desde la perspectiva técnico-jurídica, donde se juzgará la adecuación de la ley a la Constitución colombiana y a los instrumentos internacionales ratificados por la República de Colombia.

APROXIMACION POLITICO-SOCIAL. ALGUNAS CONSIDERACIONES NECESARIAS SOBRE LA NATURALEZA DEL CONFLICTO COLOMBIANO

A la hora de hablar del conflicto armado colombiano, el primer elemento que hay que tomar en consideración es que se trata de un proceso complejo de naturaleza social y política que hunde sus raíces en una serie de causas estructurales propias de la sociedad colombiana. Entre los múltiples factores estructurales que a lo largo de los últimos cin-

cuenta años de historia han condicionado la convivencia pacífica y el propio desarrollo de Colombia, encontramos los siguientes:

El primero de estos elementos es sin duda la persistente relación en la historia de Colombia entre la violencia y la política, esto es, la tendencia de todos los agentes sociales a utilizar las armas, la violencia para hacer política, comenzando por los partidos políticos tradicionales, quienes en múltiples ocasiones de la historia de este país estimularon e impulsaron el uso de la violencia para conseguir resultados en el ámbito político. Es en esa persistente relación entre política y violencia en la que hay que situar el presente conflicto que, como se sabe, comenzó a fines de los años cuarenta del siglo pasado y que, con múltiples transformaciones que lo han hecho cada día más complejo, continúa hasta hoy.

El segundo factor estructural tiene que ver con las características radicalmente excluyentes de la sociedad colombiana. Esta particular condición ha hecho posible una apabullante exclusión de las oportunidades políticas, económicas y sociales del grueso de la población por parte de unas élites centralistas muy minoritarias. La puesta en marcha de los pactos del llamado “Frente Nacional”, destinados a terminar con el secular enfrentamiento armado que había opuesto a los dos partidos históricos, sirvió para que el bipartidismo liberal-conservador monopolizara todo el espacio político mediante la adopción de un mecanismo de alternación del poder en el que ningún otro agente político tenía la posibilidad de intervenir, con la consecuencia final de que los excluidos se vieran empujados a asumir la violencia como único medio efectivo para conseguir sus objetivos políticos.

En tercer lugar encontramos aquel conjunto de factores de naturaleza socioeconómica vinculados a la desigual distribución de la riqueza, que si bien no constituyen en sí mismos causas autónomas del conflicto colombiano, puesto que son comunes a todos los países latinoamericanos, indudablemente han servido de caldo de cultivo y de escenario de reproducción y de agravación del mismo.

En los últimos quince años, un cuarto factor que ha incidido sustancialmente en la dramática situación de la sociedad colombiana en su conjunto, pero particularmente en el conflicto armado interno, es sin duda el narcotráfico. En este sentido, si la imbricación de la “cultura” del narcotráfico en el interior de la economía y la política colombianas ha tenido unas consecuencias profundamente perversas para la estabilidad social del país, en relación con el conflicto armado se puede decir sin temor a equivocación

¹ *La Fuerza Pública en el siglo XXI Nueva Legislación*, Bogotá, Ministerio de Defensa Nacional, 2000, p. VI.

² Desde su aprobación, han criticado abiertamente la ley Amnistía Internacional y la Comisión de Juristas colombiana, que anunció la interposición de una acción de inconstitucionalidad. Durante la tramitación del Proyecto, el director adjunto de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, envió sendas cartas a los presidentes de las Cámaras en que ponía de relieve las múltiples contradicciones del Proyecto con los Instrumentos Internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia.

ciones que, a pesar de que la porción más importante de las ganancias del negocio de las drogas se queda en los circuitos financieros internacionales, éstas son tan importantes cuantitativamente hablando que han permitido a todos los actores de la guerra contar con importantes recursos financieros para desarrollar y expandir la confrontación militar, en la medida en que la intensificación de la guerra está directamente relacionada con la capacidad reproductiva del negocio de los narcóticos y especialmente de la cocaína.

Otro de los factores que explica las especificidades del conflicto armado colombiano es la incapacidad de las elites dominantes en el país para asumir decididamente una estrategia de reformas reales de la sociedad que permita canalizar las expectativas y las necesidades del conjunto de la población. Incapacidad que se refleja en esa tendencia tan propia de la clase dirigente colombiana de suponer que la solución de los problemas se da solamente en el ámbito simbólico, esto es, resolviendo los problemas a través de una política de activismo normativo, sin tomar en consideración que en Colombia siempre ha existido una persistente disociación entre norma y realidad.

1. La importancia estratégica del conflicto colombiano para la política exterior norteamericana

Si observamos en su conjunto los conflictos regionales iberoamericanos actualmente en curso y los comparamos con el colombiano, tomando en consideración las especificidades antes anotadas, así como el número de desplazados, el número de efectivos involucrados, las bajas de los bandos enfrentados, el tamaño de los enfrentamientos, o la amplitud del teatro de las operaciones, Colombia sería el escenario del más violento y generalizado de los conflictos regionales que se viven en la actualidad en toda Latinoamérica.³

A consecuencia de esta situación, y debido en parte a la influencia que los medios de comunicación han desempeñado en la calificación de Colombia como amenaza regional a la seguridad interna de los Estados Unidos, se han llevado a cabo múltiples reuniones de alto nivel promovidas por el Gobierno norteamericano con el propósito de analizar el problema. Tres de estas reuniones fueron organizadas directamente por la cúpula militar estadounidense, la primera de las cuales se desarrolló en Fort McNair, Washington, en mayo de 1998 en la sede de la Universidad para la Defensa Nacional y promovida por el Departamento de Defensa. La segunda se celebró en los primeros días de diciembre del mismo año en el Colegio de Guerra del Ejército, en Carlisle, Pensilvania, organizada por el Departamento del Ejército. Finalmente la tercera se realizó en el mes de mayo del año pasado bajo los auspicios de la CIA. Entre la primera y la segunda de

las conferencias mencionadas, la percepción negativa en relación con los conflictos que afligen a Colombia se vio aumentada considerablemente. Mientras que en la primera reunión Colombia fue calificada como "país problema" para la comunidad internacional en la segunda paso a convertirse en serio factor de desestabilización para la seguridad regional.⁴ La última reunión celebrada en Washington tuvo un carácter distinto dado que en esta ocasión se trataba de diseñar y discutir algunos escenarios probables de Colombia en los próximos años y no de calificar la seguridad regional, no obstante esta especificidad, la reunión también estuvo dominada por un lenguaje y un ambiente catastrofista, puesto que, salvo el escenario de pacto de Paz, el resto de las opciones analizadas,⁵ evidenciaban un abierto pesimismo con respecto a las perspectivas futuras del país.

Es tan preocupante la situación que a juicio de algunos responsables políticos y militares norteamericanos, como por ejemplo el general Charles Wilhem, comandante del Comando sur del ejército, hasta la víspera de los atentados contra las Torres Gemelas del 11 de septiembre pasado, Colombia era considerada como "el principal problema para la seguridad norteamericana en el hemisferio occidental",⁶ incluso por encima de Cuba. De ahí el enorme valor estratégico que ha comenzado a tener Colombia en el contexto regional latinoamericano.

Esta creciente preocupación norteamericana con respecto a la situación colombiana se traduce actualmente en una política que se ha denominado de "doble vía". Una primera vía, cada vez más debilitada a raíz del triunfo de Bush en las elecciones norteamericanas y bajo el impulso actual de la bancada demócrata en el congreso norteamericano, se plantea la necesidad de fortalecer y apoyar decididamente las iniciativas de pacificación del Gobierno colombiano, cuya más clara muestra es la reunión sostenida en San José de Costa Rica entre el ex subsecretario de Estado para el mundo Andino Philip Chicola y Raúl Reyes, responsable internacional de las Farc. La segunda vía, hoy en día predominante, subordinada a las directrices del Departamento de Defensa, busca el fortalecimiento y reestructuración tanto de las fuerzas militares como de la policía, de tal manera que se logre un control más directo y eficaz por parte de los Estados Unidos respecto de las políticas, planes y programas implementados por las Fuerzas Armadas colombianas. Prueba de ello es la estructuración del apoyo norteamericano al "Plan Colombia" en términos de lucha antidrogas y de reformas institucionales encaminadas al fortalecimiento del papel de ejército en la investigación de los tradicionalmente considerados delitos políticos, lo que se traduce en los diversos desarrollos normativos del propio plan, y especialmente en la ley que estamos comentando. Gran parte de los 1.600 millones de dólares en ayu-

³ Schullz Donald, *Colombias's Three Wards: U.S. Strategy at The Crossroads. U. S. Arm War College, 1999. En: Revista Analisis Político*, N.º 37, Bogotá, mayo de 1999.

⁴ Las tres opciones discutidas además del pacto de paz eran la Guerra total, la prolongación del Conflicto y la Balcanización

⁵ *New York Times*, 23 de enero de 2001.

³ Gaspar Gabriel, *Panorama de la Seguridad Regional en 1998*, en *Fuerzas Armadas y Sociedad*, Año 13, No. 4, Santiago de Chile, 1998, Pág. 3

da a la financiación del "Plan Colombia" están condicionados a ser utilizados en el fortalecimiento institucional del ejército, además de los 673 millones adicionales que serán desembolsados en partes iguales por Estados Unidos a los gobiernos de Perú, Ecuador y Colombia dentro de la llamada "Iniciativa Regional Andina" del presidente Bush, recursos que han convertido a Colombia en el tercer país del mundo receptor de ayuda militar norteamericana después de Israel y Egipto.

En definitiva como afirmaron recientemente fuentes de la Casa Blanca y del Departamento de Estado en una entrevista publicada por el Washington Post, "como la guerrilla y los paramilitares controlan virtualmente toda la zona de producción de droga del país, es casi imposible erradicar esta producción sin antes combatir con ellos. Y la policía por mas helicópteros que se le entregue esta limitada en su capacidad de combate. Este es un trabajo del Ejército".⁷

2. El "Plan Colombia": de componente del Plan de Desarrollo Económico a mecanismo de la política antidrogas norteamericana en Colombia

El denominado "Plan Colombia", originalmente fue concebido por el ex ministro de Asuntos Exteriores colombiano Augusto Ramírez Ocampo, como una especie de "Plan Marshall" para la paz sobre la base de la experiencia y conocimiento que este político colombiano había recabado como jefe de la Misión especial de Naciones Unidas para la solución del conflicto salvadoreño. En ese contexto, el plan se proyectaba como un componente del Plan de Desarrollo, y pretendía evitar uno de los problemas mas significativos que tuvo que sortear el proceso de paz centroamericano, como fue la carencia de recursos para financiar las reformas institucionales surgidas de la negociación. Para tal efecto, se planteaba en el proyecto original la creación de un fondo especial para financiar los proyectos sectoriales derivados de los acuerdos parciales que se fueran consiguiendo en el transcurso de la negociación con la Guerrilla, fondo que estaría destinado en su mayor parte a la rehabilitación de las zonas afectadas por la violencia, los cultivos ilícitos o por problemas ambientales, sobre la base de una articulación de las comunidades y el Estado desde la base. Esta primera versión del proyecto fue rechazada por el gobierno de Washington, que redactó la versión definitiva; curiosamente, ésta fue discutida primero en el Congreso norteamericano⁸ y luego dada a conocer a la opinión pública y a la Guerrilla colombiana⁹.

⁷ *El Tiempo*, 11 de julio de 1999.

⁸ El plan se concretó en el Congreso norteamericano a través de la presentación del proyecto de ley de los senadores republicanos Coverdell, Dewine y Glaseley, en el cual se aprobó la ayuda suplementaria a Colombia de 1 600 millones de dólares, de los cuales el 70 % estaría destinado a la lucha antidrogas

⁹ El plan así planteado tiene un costo de 7.500 millones de dólares, de los cuales Colombia aportaría 5.700 millones, vía reasignación de recursos del presupuesto nacional (4.000 millones) y endeudamiento interno (bonos de paz por los que se pla-

Formalmente el Plan incorpora seis campos de acción diversos: a) el proceso de paz, b) El reflotamiento de la economía, c) la estrategia antinarcóticos, d) la reforma del sistema judicial, e) la democratización y el desarrollo social, y f) la protección de los derechos humanos. Los componentes centrales de todo el proyecto son la estrategia antidrogas, vinculada estrechamente a la solución militar del conflicto armado colombiano, la reforma económica y, finalmente, la reforma del sistema judicial. En ese sentido, aunque el plan reconoce formalmente la necesidad de consolidar el estado de derecho y la democracia en Colombia, tanto la lectura de la situación, mediada por los intereses estratégicos de los Estados Unidos, como las estrategias que plantea para lograr dicho fin, desconocen aspectos fundamentales de la realidad que enfrentan, tales como las persistentes violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario por parte de todos los actores en el conflicto. El plan concebido para lograr la paz, la prosperidad y el fortalecimiento del Estado centra todo su análisis en el poder desestabilizador del narcotráfico, no tomando en consideración prácticamente ninguna de las otras causas estructurales del conflicto a las que hemos hecho referencia en primer lugar, de la misma manera que tiende a equiparar y a simplificar la lógica y la dinámica de los actores armados, sin apenas diferenciar los objetivos, métodos y fines de cada uno de ellos.

El elemento central de la estrategia antinarcóticos del Gobierno colombiano esbozada en el plan Colombia, se reduce al uso indiscriminado de la fuerza en operaciones militares, sin diferenciación alguna entre las distintas etapas del negocio de las drogas. Ello se explica porque para la Administración norteamericana, el esquema de lucha antinarcóticos que es componente esencial del Plan Colombia, no es negociable bajo ninguna circunstancia, y por lo tanto el desarrollo de la política de paz no puede interferir ni modificar en lo mas mínimo la estrategia antidrogas norteamericana.

APROXIMACION TECNICO-JURIDICA. LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD DE LA LSDN

Si el contexto sociopolítico es determinante para entender porqué el aspecto militar del conflicto vuelve a tener un papel central, habrá que determinar si la traducción normativa de esta nueva centralidad se ha producido conforme a derecho, es decir, si la nueva configuración de la Fuerza Pública en orden a gozar de una mayor autonomía y capacidad es compatible con el ordenamiento constitucional colombiano.

La ley analizada se inscribe, como ya se ha dicho,

nea recaudar 800 millones de dólares) y externo (a través de créditos blandos financiados por el BID y BM por una suma de 900 millones de dólares). Los 2 600 millones restantes serían aportados por la comunidad internacional, de los cuales 1 600 millones ya han sido aprobados por el Congreso Norteamericano, y 1.000 millones de dólares han sido prometidos por la Unión Europea a través de la denominada mesa de donantes

en un proceso legislativo de rearme y modernización de las Fuerzas Armadas que dé salida a las habilitaciones presupuestarias y a las ayudas estadounidenses. Con la Ley 578 de 2000 de Facultades Extraordinarias al Presidente de la República para expedir Normas Relacionadas con la Fuerza Pública, se inicia la promulgación de una serie de Decretos encaminados a profesionalizar el ejército colombiano, regulándose la carrera militar, se dan nuevas disposiciones para la carrera policial y se aprueba el régimen disciplinario de uno y otro cuerpo¹⁰. Anteriormente se había aprobado el nuevo Código Penal Militar (Ley 522 de 1999), del que se había sacado el conocimiento de ciertos delitos como el genocidio (Ley 589 de 2000).

En esta línea, la ley en cuestión organiza la administración de guerra, regulando los organismos de mando y planeamiento, pero también procede a aumento de las funciones y de la autonomía de los militares en las zonas de conflicto según el esquema jurídico del derecho de excepción, es decir, atribuyendo facultades extraordinarias a los militares en aquellos lugares en que se verifique una amenaza o un efectivo quebrantamiento del orden público. Este otorgamiento de funciones extraordinarias se ha producido en detrimento de ciertas garantías constitucionales que se ven suspendidas por la pura voluntad del legislador, sin que ni siquiera medie la fuente adecuada como es la ley estatutaria¹¹. Además, aún dentro del esquema excepcional del que peca todo el articulado, algunas disposiciones imponen “estados materiales de excepción” para las zonas en las que se desarrollen acciones militares. Por tanto, los artículos problemáticos de la presente ley serán analizados en las páginas que siguen conforme a un triple criterio clasificador: normas que atentan contra la distribución de poderes efectuada por la Constitución, y especialmente contra la independencia del Poder judicial; normas que tienden al establecimiento de un estado de excepción no previsto ni constitucional ni legalmente; y normas que atentan contra los derechos fundamentales de los ciudadanos.

1. Normas contrarias a la distribución constitucional de competencias

A lo largo de todo el articulado de la ley se verifica cómo se difumina la distinción entre fuerzas de seguridad y Fuerzas Armadas, entre policía y ejército,

¹⁰ Estos decretos son, el Decreto 1512 de 2000 de Modificación de la Estructura del Ministerio de Defensa Nacional, los Decretos 1790, 1793 y 1794, que regulan la carrera militar y su régimen salarial, 1791 y 1800 que regula la carrera del personal de la policía, el 1797 que establece el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas y el 1798 que lo establece para la policía, todos ellos de 2000.

¹¹ La ley estatutaria es una fuente especial del ordenamiento constitucional colombiano que, al igual que la ley orgánica de la Constitución española, viene calificada por la materia y por un procedimiento especial de regulación. Para la aprobación y modificación de las leyes que versen sobre las materias del artículo 154 Const., entre las que se incluyen los estados de excepción y las normas relativas a los derechos fundamentales, se requiere mayoría absoluta de los miembros en ambas Cámaras, y deberán pasar un control previo de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional (art. 153).

en búsqueda de una acción conjunta según objetivos comunes. A esta confusión contribuye la propia Constitución de 1991, que en el Capítulo 7 del Título VII, bajo la denominación común de “Fuerza Pública”, regula las Fuerzas Militares y la Policía Nacional sin una atribución concreta de competencias a cada instituto armado. Sin embargo, la Constitución sí diferencia —aunque con criterios jurídicos un tanto vagos— la finalidad de uno y otro cuerpo: a las fuerzas militares corresponde “la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional” (art. 217), mientras que el fin primordial de la Policía Nacional es “el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia vivan en paz” (art. 218).

La confusión de la ley nace de su propio aparato conceptual, que introduce una noción de “Defensa Nacional” (art. 6 LSDN) que no está previsto en la Constitución. Consiste aquélla en “la integración y acción coordinada del Poder Nacional para perseguir, enfrentar y contrarrestar en todo tiempo y cualquier momento, todo acto de amenaza o agresión de carácter interno o externo que comprometa la soberanía e independencia de la Nación, su integridad territorial y el orden constitucional”. Previamente, la ley ha definido el “Poder Nacional” como la capacidad del Estado colombiano de responder “*con todo su potencial*” ante situaciones que pongan en peligro el ejercicio de los derechos, la independencia, integridad, autonomía y la soberanía nacional (art. 3 LSDN). La vaguedad e indefinición de los criterios empleados lleva a pensar que lo que determinan estos artículos es que el uso conjunto e indiferenciado de “todo el potencial” de los dos institutos armados establecidos por la Constitución, se hará según la libre apreciación del destinatario de la norma, el Gobierno, que únicamente deberá decretar la existencia de alguno de los peligros enunciados.

De este modo, desaparece la función garantista de la ley frente al uso de la violencia. Además, la acción conjunta de policía y ejército no es un supuesto de funcionamiento normal de las instituciones constitucionales, funcionamiento normal que implica estar a la distinción de fines entre uno y otro instituto armado.

Seguridad nacional y defensa nacional son conceptos distintos. A la seguridad nacional corresponde la prevención de los delitos y la captura del delincuente para ponerlo en manos de la justicia. La defensa nacional, en cambio, entra en funcionamiento cuando se amenaza la integridad territorial del estado. Los únicos supuestos en que el ejército podría desempeñar las funciones relativas a la seguridad nacional son los de guerra exterior (art. 212 Const.) y conmoción interior (art. 213 Const.), siendo el presupuesto de este último una situación objetiva que no pueda ser conjurada con el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía. No habiendo sido declarados ni uno ni otro estado de excepción, el desarrollo de las funciones de la seguridad del Estado por parte del ejército, desde

el punto de vista de la estricta legalidad, carece del presupuesto habilitador necesario.

En este apartado, han provocado alarma también las normas que reducen los ámbitos de independencia y autonomía del poder judicial. El artículo 25 LSDN establece la obligación del Fiscal General de la Nación de informar mensualmente al Gobierno sobre la instrucción de ciertos delitos que allí se establecen. Debe tenerse en cuenta que en el sistema penal mixto colombiano, la fase de investigación e instrucción de los delitos está atribuida a la Fiscalía General de la Nación (art. 250 Const.), que podrá adoptar medidas cautelares. Por ello, la Fiscalía forma parte de la rama judicial (art. 249 Const.)¹² y desarrolla funciones jurisdiccionales en cuyo ejercicio "son aplicables a los fiscales los artículos 228 y 230 de la Carta, que consagran la independencia y autonomía de los jueces" (Sentencia C-558/94)¹³. Para determinar si el artículo 25 LSDN viola las provisiones constitucionales sobre independencia de los fiscales, habrá que comprobar, en primer término, si los supuestos de dicho artículo entran dentro de las funciones jurisdiccionales de la Fiscalía, para ver después si la obligación de informar es idónea para calificar una violación de la independencia.

El primer párrafo del artículo 25 regula la obligación del fiscal de suministrar mensualmente información al Gobierno sobre las investigaciones preliminares de los delitos que se determinan en sus apartados a) y b), mientras su último párrafo regula la posibilidad de que el Ministerio de Defensa solicite informes urgentes sobre las mismas investigaciones. No cabe duda de que la función indagatoria, es decir, la investigación de todo aquello que culminará en una acusación ante un juez, es una función eminentemente jurisdiccional, que en algunos ordenamientos es desarrollada por los propios jueces. El artículo 25 LSDN no pretende ser más que un desarrollo legislativo de lo dispuesto en el artículo 251.5 Const., que, entre las funciones especiales del Fiscal General, regula la de "suministrar al Gobierno información sobre las investigaciones que se estén adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público". Pero lo que aquí es función, en la LSDN se convierte en obligación general, que ni siquiera hace referencia al supuesto habilitante de la norma constitucional, como es la conservación del orden público, es decir, la evitación de nuevos delitos. Esta obligación general con precisos criterios de tiempo (mensualmente) y forma (informes escritos), implica una subordinación del Fiscal General al Poder ejecutivo, y por tanto vulnera el mandato constitucional de independencia.

Esta vulneración es aun más grave cuando se contemplan los delitos sobre los que debe versar el

informe, entre los que se recogen los de genocidio, tortura y desaparición forzada. Teniendo en cuenta que estos delitos son cometidos por funcionarios públicos bajo dependencia jerárquica del Gobierno, y, por tanto, bajo su responsabilidad al menos política, la independencia del Fiscal a la hora de investigar dichos delitos debe ser más acusada si cabe, y resulta inaceptable que deba informar al Gobierno sobre las investigaciones en curso contra sus subordinados.

El artículo 25 justifica esta obligación del fiscal para adoptar las estrategias necesarias para combatir a las organizaciones criminales. Sin embargo, la colaboración del fiscal en esta materia queda asegurada desde que el artículo 7 del Estatuto Orgánico de la Fiscalía¹⁴ determina su participación en la definición de la política criminal del Estado, presentando Proyectos de ley a las Cámaras, y desde que, conforme al artículo 251.5 Const., el fiscal puede suministrar al Gobierno la información necesaria para evitar la comisión de delitos de los que tuviera conocimiento en el curso de una investigación.

El artículo 26 LSDN contiene la obligación del Consejo Superior de la Judicatura de presentar dos informes anuales al Gobierno y al Parlamento sobre el rendimiento de la actividad judicial respecto de los delitos establecidos en el artículo anterior. No hay problema en admitir estos informes sobre actuaciones judiciales ya finalizadas, dentro del principio de leal colaboración entre poderes y el deber de auxilio e información entre los mismos; sin embargo, resulta particularmente infeliz el último inciso, que determina que "el Consejo promoverá las indagaciones disciplinarias correspondientes cuando de sus informes resulte que los jueces no han cumplido los términos judiciales o no han adelantado con eficacia las diligencias necesarias". Si lo que la norma hace es añadir un supuesto disciplinario no previsto en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el artículo es nulo, porque una ley ordinaria no puede modificar una ley estatutaria. Si lo que se está haciendo es fijar ciertas directrices para la aplicación de las sanciones, el término "eficacia", sin ulteriores definiciones, casa difícilmente con el principio de estricta legalidad de las sanciones, y por su colocación, pudiera parecer que el Ejecutivo y el Parlamento tuvieran un cierto poder de impulso de las sanciones en la interpretación que hagan del informe presentado por el Consejo. Este deberá sancionar el incumplimiento de los términos si se incurre en alguna de las sanciones legalmente tipificadas, y no porque se desprenda de su informe semestral.

2. El "Teatro de Operaciones" como nuevo estado de excepción

El permanente estado de sitio que permitió la anterior Constitución colombiana de 1886, aconsejó al constituyente de 1991 una regulación marcada-

¹² Cfr. también artículo 11 de la ley 270 de 1996 "Estatutaria de la Administración de Justicia", modificado por el artículo 1º de la ley 585 de 2000; entre las múltiples sentencias cfr. sentencia C-609/96, donde se afirma que los fiscales son funcionarios judiciales.

¹³ En el plano internacional, la independencia de las autoridades que tienen a su cargo la administración de justicia penal se consagra en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

¹⁴ Decreto 2966 de 30 de noviembre de 1991.

mente garantista de los estados de excepción, determinando en la norma constitucional tanto los posibles estados, como las causas que pueden motivarlos y las garantías que no pueden ser suspendidas durante los mismos. Las normas analizadas en este punto no sólo participan del carácter de derecho excepcional que recorre todo el articulado de la ley, sino que imponen materialmente un nuevo estado de excepción no contemplado constitucionalmente. En este punto, se entiende por estado de excepción aquél en que ciertas circunstancias facultan la suspensión de la Constitución en alguno de sus extremos. Puesto que la Constitución es soberana, sólo ella puede establecer las causas de su propia suspensión. Así, de admitirse las normas que aquí se analizarán, se produciría una inaceptable inversión del sistema de fuentes donde la ley, estableciendo nuevas causas de suspensión de la Constitución, se colocaría por encima de la Norma fundamental.

Los elementos utilizados para determinar que los artículos 54, 55 y 56 LSDN establecen lo que calificamos de “estado de excepción material”, son los mismos que están sirviendo para poner de manifiesto el carácter de derecho de excepción de toda la ley, a saber: alteración del normal funcionamiento institucional previsto constitucionalmente, y posibilidad de limitar derechos fundamentales a través de normas administrativas en las áreas en que se desarrollan acciones militares.

Respecto de las alteraciones del normal funcionamiento institucional, el artículo 55 regula un supuesto general por el que el presidente de la República podrá delegar la “Conducción Estratégica Nacional” en una autoridad militar o policial, a la que quedarán sometidas las autoridades político-administrativas. El artículo 56 regula un supuesto especial: allí donde se declare el “Teatro de Operaciones”, el presidente de la República podrá, mediante orden escrita, encargar la ejecución de sus órdenes al comandante que asuma el control operacional, quedando los alcaldes y gobernadores sometidos a su autoridad. De esta manera, el sometimiento de los institutos armados al poder civil para el mantenimiento del orden público, previsto en los artículos 189.3, 303 y 315 Const., queda burlado. Además, la previsión de sometimiento jerárquico de alcaldes y gobernadores de los artículos 303 y 315 Const. se refiere al presidente de la República, sin mencionar autoridad delegada alguna, y es muy discutible que el presidente pueda delegar la función que le asigna el artículo 189.3 Const.

Puede argumentarse que, en último término, el control final de las operaciones queda en manos del presidente de la República, pero en caso de delegación o de órdenes tan amplias que dejen mucho margen de maniobra al comandante de las operaciones, el poder civil quedará sometido a la discrecionalidad del poder militar.

Otra característica de los estados de excepción de la que participa la normativa analizada, es la concesión, por parte del presidente de la República de atribuciones de control y registro de la población civil que se encuentre en el “Teatro de Operacio-

nes” al comandante del Área (art. 54, párrafos 3 y 6, LSDN). La facultad del Gobierno de restringir, sin que afecte a su núcleo esencial, el derecho de circulación y residencia, es una de las previstas en el artículo 38 de la ley reguladora de los Estados de Excepción¹⁵ en Colombia, para el estado de conmoción interior. No mediando declaración expresa de dicho estado, rige la normalidad constitucional, no existen las facultades extraordinarias del Gobierno y, por tanto, tampoco puede darse su delegación en las autoridades militares, delegación que ni la propia ley reguladora de los Estados de Excepción contempla.

Los supuestos habilitadores del “Teatro de Operaciones” y de los demás procedimientos operacionales, también plantean problemas. La única definición precisa de las circunstancias que provocan uno de estos supuestos es la relativa a la “Asistencia Militar” (art. 56.2 LSDN), y coincide materialmente con el supuesto constitucional del estado de conmoción interior, esto es, con una perturbación del orden público que desborde la capacidad de la Policía Nacional. Dado este supuesto, no estamos ante un caso de “asistencia militar”, sino ante un caso de “conmoción interior”, y será de aplicación preferente el Capítulo III de la Ley 137 de 1994, con todas las garantías que allí se prevén.

El artículo 54 contempla como presupuesto objetivo de la declaración del “Teatro de Operaciones” la “amenaza o alteración del orden constitucional, la soberanía, la independencia y la integridad del territorio nacional”, mientras el artículo 55 habla de “cualquier alteración del orden público, la paz y la convivencia ciudadana”. Esta regulación de los supuestos habilitadores no parece cumplir suficientemente las exigencias de proporcionalidad contenidas en los instrumentos internacionales, y en particular en el artículo 27 CADH, para adoptar medidas limitadoras de derechos. No resulta proporcionado responder por igual a una amenaza que a una alteración efectiva del orden constitucional o a cualquier alteración de la convivencia ciudadana, y semejante grado de indefinición se resuelve en que no existe elemento objetivo que comprobar para poner en marcha los “Procedimientos Operacionales”, sino que ello se deja a la discrecionalidad del presidente de la República.

3. Normas que atentan contra los derechos fundamentales

Analizamos aquí los artículos de la LSDN que con distinto alcance y significación restringen derechos fundamentales de los ciudadanos. Esta restricción es consecuencia directa de las alteraciones que en el normal funcionamiento de las instituciones constitucionales introduce la presente ley, y coadyuvan a la caracterización de la misma como derecho de excepción: de una parte, porque se atribuye la posibilidad de restricción a las normas administrativas, y de otra, porque muchas de las limitaciones son

¹⁵ Ley 137 de 2 de junio de 1994.

consecuencia directa del ejercicio por parte de las Fuerzas Armadas de funciones de policía.

El artículo 57 define las "Normas de Procedimiento Operacional" como normas que regulan el uso legítimo de la fuerza. La LSDN habilita la norma administrativa para determinar cuándo el uso de la violencia por la Fuerza Pública es legítimo en el desarrollo de una operación armada. Este artículo está muy lejos de colmar la función garantista que se atribuye a la ley en materia de derechos humanos, pues deja un enorme margen de libertad a la norma inferior para establecer limitaciones a los derechos "frente a cualquier agresión, cuando fueran siquiera amenazados sus (de los miembros de la Fuerza Pública) derechos fundamentales y los de los ciudadanos". Esta función garantista implica que es materia de ley, y no de la potestad reglamentaria, la regulación de cuándo, dónde, cómo y por qué puede emplearse legítimamente la fuerza por los cuerpos armados estatales. Ello también se deriva de los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, que determinan que la limitación a los derechos fundamentales contenidos en los artículos 7, 12, 15, 16, 22 y 30 CADH sólo pueden ser impuestas por el legislador dentro de los límites allí contemplados¹⁶.

La confusión entre las funciones de policía y las funciones de las Fuerzas Armadas que se pusieron de manifiesto anteriormente, llegan a su máxima expresión en los artículos 58 y 59 LSDN. El artículo 58 regula la captura en flagrancia por miembros de la Fuerza Pública. El artículo 32 de la Const. confiere la capacidad de captura del delincuente en flagrancia a toda persona, y por tanto también podrá ser llevado a cabo por las Fuerzas Armadas, si bien la concede para llevar al capturado ante el juez. No es ésta la regulación de la flagrancia contenida en el artículo 58, donde la "puesta a disposición del juez" se entiende satisfecha por una "comunicación inmediata, verbal o escrita", mientras que la entrega física del capturado se demora "en el término de la distancia, debidamente justificada". De esta manera, una persona puede permanecer detenida en instalaciones militares por un tiempo indefinido sin haber sido puesta a disposición judicial, requisito que no se satisface sólo informando del hecho, sino llevando el detenido ante el juez¹⁷. Lo contrario significa conferir legalmente al detenedor la atribución de retrasar el momento en que la persona detenida debe ser puesta en manos de un funcionario judicial, lo que significa afectar el derecho fundamental del detenido a controlar la procedencia de la detención, al examen de su estado físico y, en ciertos casos, a su puesta inmediata en libertad por falta de razones para continuar con la privación. El máximo retraso que admite la Constitución colombiana es de 36 horas (art. 28), plazo máximo en el que, independientemente de la distancia, deberá ser el detenido puesto físicamente a disposición del juez, a no

ser que medie un recurso de habeas hábeas, en cuyo caso habrá que estar a lo que el juez dictamine. Y este plazo máximo se mantiene incluso en los estados de excepción, en los que no se podrán suspender las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos (art. 4 Ley 137 de 1994).

El artículo 59 establece la obligación del Fiscal General de atribuir de manera transitoria funciones de policía judicial a un grupo especial de miembros de las fuerzas militares, cuando no puedan desplazarse a la zona de combate miembros de la Fiscalía. El artículo 22.18 del Estatuto Orgánico de la Fiscalía atribuye al Fiscal General la facultad de otorgar atribuciones de policía judicial a los entes públicos, "bajo responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía". Por tanto, de crearse el grupo especial del ejército, éste pasaría a formar parte de la propia Fiscalía, y no del ejército. Por ello, correspondería al Fiscal General la selección del personal de las Fuerzas Armadas que integraría el grupo, así como su formación y la asignación de las concretas competencias que podría llevar a cabo. Todo ello porque, como hemos visto, las funciones del artículo 47 del Estatuto Orgánico, son funciones jurisdiccionales, a desarrollar por funcionarios judiciales, y ni siquiera los miembros de las Fuerzas Armadas que sean miembros de la justicia penal militar forman parte de la rama judicial del poder en Colombia¹⁸. Por tanto, si lo que pretende la ley es formar un grupo especial de la Fiscalía que acompañe a las Fuerzas militares en sus operaciones, no se entiende porqué debe estar necesariamente integrados por militares, militares que deberán pasar un proceso de formación largo. Pueden perfectamente asignarse recursos a la fiscalía para que aumente sus efectivos y cree un grupo especial de este tipo, de carácter permanente, formado por civiles. Máxime cuando la voluntad de excluir la participación de los militares en la Administración de Justicia es clara en el Derecho colombiano, incluso en los estados de excepción, determinando la Ley 137 de 1994 que durante el estado de conmoción interior los civiles no podrán ser juzgados o investigados por Tribunales penales militares (art. 42), la atribución de funciones judiciales a las autoridades civiles deberán ser distintas de las de investigar y juzgar delitos (art. 21), y las unidades especiales creadas por el Fiscal General no podrán estar integradas por militares (art. 37).

Esta desconfianza se entiende porque la presencia de unidades de la Fiscalía en las operaciones militares no sirve sólo para la investigación de los delitos que hubieran podido cometerse en la zona de combate, sino también para velar porque la investigación se haga de todos los delitos, para desincentivar la comisión de delitos por parte de los militares, y de darse éstos, para que exista sobre el terreno un poder independiente que recoja las pruebas necesarias antes de su desaparición. Ello

¹⁶ Lo mismo se establece en los artículos 9, 12, 13, 18, 19, 21 y 22 del PIDCP.

¹⁷ Como establece el PIDCP, artículo 9 3 y a la CADH, artículo 7.5, que determinan que toda persona privada de libertad por autoridades administrativas, deberá ser llevada sin demora ante un juez.

¹⁸ La estructura judicial no puede ser otra que la que se establece en el Título VIII de la Constitución. Cfr. al respecto la Revisión constitucional del proyecto de ley "Estatutaria de la Justicia", en las consideraciones que la Corte hace respecto al artículo 11, Sentencia C-037/96.

se explica porque en la Declaración de los organismos de Derechos Humanos y Sociales ante la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su 57 período de sesiones, se dieron cifras según las cuales, el 79, 95% de las muertes y desapariciones ocurridas en el año 2000, y en las cuales se conoce el presunto autor, se atribuyó a agentes estatales: 2,44% directamente (29 víctimas), e indirectamente, por grupos paramilitares, 77,51% (920 víctimas).

Frente a estos datos, resulta alarmante la limitación a un máximo de 60 días del período de investigación de los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública establecida por el artículo 60 LSDN. Parece de dudosa legitimidad que, en un Estado en el que cada año se multiplican las denuncias de violaciones de los derechos humanos por parte de las Fuerzas Armadas en los informes de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, se pueda obstaculizar de alguna manera la investigación de dichas violaciones, afectando el derecho de las víctimas a la justa reparación ejerciendo la acción penal.

CONCLUSION

La Ley 684 de 13 de agosto de 2001 de la República de Colombia significa un derecho de excepción que otorga funciones extraordinarias a las fuerzas militares para desarrollar una guerra civil que ponga fin al conflicto armado colombiano, tal y como pretende la estrategia antinarcóticos del Departamento de Defensa norteamericano, único aspecto que hasta ahora se ha hecho realidad del "Plan Colombia". Es un derecho de excepción no sólo porque

prevé facultades extraordinarias que desbordan el normal funcionamiento institucional y el reparto de competencias fijado en la Constitución, sino también porque suspende la legalidad constitucional a la hora de limitar derechos fundamentales a través de fuentes distintas a la ley, y porque faculta la declaración de "estados materiales" de excepción no previstos ni en la Constitución ni en la ley estatutaria en la materia. De esta manera, se evitan los institutos de garantía previstos frente al derecho excepcional, porque no hay declaración formal de estado de excepción y no puede entrar a regir la legislación en la materia. Es ésta una ley que no sólo rompe la legalidad constitucional, sino que ataca los fundamentos mismos de la Constitución de 1991. Como es sabido, el consenso constitucional se centró en evitar el permanente estado de sitio en que vivió Colombia con la legalidad anterior, y que la presente ley intenta recuperar a través de la imposición de un estado de guerra sin garantías suficientes para la defensa de los derechos fundamentales y el adecuado control que el poder político debe tener sobre las acciones militares. Además, la rehabilitación del aspecto militar del conflicto del "Plan Colombia" ha reforzado mucho las posiciones de los militares, que se traducen en esta ley sometiendo el poder civil al militar durante el desarrollo de las operaciones. Si Colombia no ha sufrido hasta hoy una dictadura militar a diferencia de sus vecinos, ha sido porque las elites siempre han sido capaces de controlar y dominar al ejército, y esta ley abre una puerta para que ese control disminuya cada día. Por todo ello, urge recuperar la legalidad constitucional perdida, y para ello deben ponerse en funcionamiento todos los mecanismos constitucionales.

Brasil: Derecho Penal diferenciado¹

Léidio Rosa ANDRADE

INTRODUCCION

Hay en Brasil, actualmente, una intensa discusión en el área de Derecho Penal sobre el tema "Procedimientos especiales y tutela penal diferenciada". Quiero plantear las siguientes preguntas, conceptuales y críticas, sobre el mismo: ¿cuáles son los procedimientos especiales? ¿Cuál es la relación entre los procedimientos especiales y la tutela judicial penal diferenciada? ¿Cuál es el sentido o el concepto de "tutela judicial penal diferenciada"? "Tutela judicial" ¿es sinónimo en este caso de prestación judicial? ¿Pretende el enunciado del tema afirmar que el Estado, a través de su "tentáculo" judicial, actúa diferenciadamente en lo que respecta a la aplicación de las leyes penales? En fin ¿hay una tutela judicial diferenciada y una no diferenciada en el Derecho Penal o en el Derecho Procesal Penal?

Estas y otras reflexiones me condujeron a conclusiones que traslado, democráticamente, al debate público. Anticipo una: tiene que existir un error epistemológico en la manera de titular la cuestión, puesto que parte de un presupuesto falso, que es que el Derecho Penal o el Derecho Procesal Penal como un todo ofrecen a los procesados una tutela judicial no diferenciada y, sólo en casos excepcionales, previstos en el interior del propio sistema, se dan excepciones y diferencias. En realidad, el título reproduce la ideología de que está impregnada la dogmática jurídica hegemónica, para la cual el Derecho es un sistema neutro y coherente capaz de resolver los conflictos sociales, actuando por encima de las contradicciones de la propia sociedad y de las relaciones de poder existentes en ella.

La Crítica Jurídica ya desveló, desde mi punto de vista de forma bastante clara, todas las "impurezas" del Derecho y, hoy, cualquier jurista serio, incluso aunque esté adscrito a la filosofía analítica, ya no defiende con tanto fervor que la instancia social sea totalmente independiente de la dialéctica social.

Pero estas polémicas teóricas ya están suficientemente desarrolladas y no tiene sentido repetir las aquí. Para hacer alguna contribución al tema y teniendo en cuenta el nivel de profundización posible en un trabajo breve, realizaré un estudio analítico, sobre presupuestos empíricos, con base en ejemplos a nivel concreto. Intentaré, con eso, demostrar el carácter esencialmente diferenciado de la tutela judicial penal vigente en Brasil, con independencia de sus juzgados especiales o leyes especiales, las cuales crean, tan sólo, diferencias dentro de la diferencia. Esto es así porque las normas penales

existen también para implementar las funciones del Estado y éste actúa, como se verá, para salvaguardar un modo de producción, reprimir los ataques al mismo e integrar las clases subalternas en el sistema sociopolítico. Casi siempre, las leyes especiales de carácter represivo surgen para reprimir focos de ataque al sistema hegemónico, siendo emblemático el ejemplo de la "Ley de crímenes odiosos", elaborada para proteger a la clase de los grandes empresarios, víctima, en la época (1990), de constantes extorsiones mediante secuestro. En análisis más autorizado que el nuestro, se ha señalado que "los sistemas judicial, policial ordinario y penitenciario se orientan más bien a la represión de las amenazas menores y cotidianas al orden existente."²

No formulo dogmas o verdades acabadas. Me limito a expresar ideas para someterlas a debate, recibir las críticas normales y necesarias, y extraer en su caso de la discusión colectiva algo que pueda ser útil.

LA TUTELA PENAL ES DIFERENCIADA

La tutela judicial penal se entiende como la forma por la cual el Estado, por medio del Poder Judicial, aplica las normas penales a los ciudadanos. Es la aplicación, por la vía del proceso penal, de las prohibiciones prescritas por el Derecho Penal. La dogmática jurídica presupone que el Derecho Penal establece las acciones y omisiones prohibidas (los delitos) y la pena consiguiente de manera general para toda la sociedad, para resolver sus conflictos y restablecer la paz social y el bien común. Esta visión estrecha del fenómeno jurídico-penal, repleta de fórmulas vacías³, constituye una reducción, incluso, del propio concepto de Derecho del positivismo jurídico —considerado por Norberto Bobbio⁴ como un método, una teoría y una ideología.

No creo que existan dudas, sin embargo, de que el Derecho es una expresión del Estado. No está de más recordar que se está hablando de monismo jurídico. Así, el Derecho Penal, en el campo de la represión de la delincuencia, o de lo que se conceptúa como tal, es acción del propio Estado para

² Capella, Juan Ramón. *Fruta prohibida: una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*. Madrid. Editorial Trotta, 1997, pág. 131

³ La expresión es de Pietro Barcellona y está extraída del texto *La formación del jurista*, publicado en la obra Barcellona, Hart, Mückenberger, *La formación del jurista* capitalismo monopolístico y cultura jurídica. Trad. de Carlos Lasarte. Madrid. Editorial Civitas, 1993 "Si se quiere continuar hablando de efectiva vigencia de la relación entre Derecho y sociedad, es necesario aclarar previamente de que forma son utilizadas estas fórmulas vacías y absolutamente privadas de contenido normativo (como *bien común, util, social, etc.*): son utilizadas para tutelar los intereses ya realizados y no para promover la protección de los intereses de la emancipación." (pág. 32)

⁴ Ver Bobbio, Norberto *O positivismo jurídico* lições de filosofia do direito. Trad. de Márcio Pugliesi. São Paulo Icone Editora, 1995, en especial el Capítulo VII e la Conclusión General.

¹ Este texto es fruto de la reelaboración de una ponencia presentada en el II Congreso Brasileño de Derecho Procesal Civil, Penal y Procedimientos Especiales, organizado por el Instituto de Ciencias Jurídicas en la ciudad de Joinville (Santa Catarina), en el mes de junio de 2001. Agradezco la colaboración de mis amigos Lauro Ballock, Alice Bianchini, Salo de Carvalho, Amilton Bueno de Carvalho y Amaline Mussi.

alcanzar sus objetivos, sus metas macropolíticas en esta área. De acuerdo con esto, el Derecho es el Estado en acción en un campo específico. Ahora bien, lo específico está subordinado a lo general. Por lo tanto, es necesario saber cuáles son las funciones generales del Estado moderno, para tener claro el sentido del actuar jurídico específico. Mi maestro, Juan Ramón Capella es bien enfático en ese punto:

“Las tres grandes funciones generales del estado moderno y contemporáneo —cuyo cambiante contenido histórico habrá que detallar un poco más— son las siguientes:

1) Proveer o suministrar las condiciones generales necesarias para que pueda desenvolverse la actividad productiva cuya existencia o mantenimiento continuados no quedan asegurados por las actividades de los distintos sujetos económicos de la «esfera privada».

2) Reprimir las amenazas al modo de producción dominante procedentes de las clases subalternas o de ciertos sectores de las clases dominantes mismas para mantener la existencia social del capital.

3) Integrar a las clases subalternas en la aceptación del sistema sociopolítico”.⁵

Y el Derecho Penal, como la Ciencia Jurídica en general, no escapa a esas funciones.

Haciendo una digresión, cabe precisar que no se está defendiendo el pensamiento marxista ortodoxo que ve el “Derecho como pura expresión de la dominación de clase, como reflejo de la infraestructura económica, sin interés alguno en el cambio social.”⁶ Hay en el espacio jurídico campo de actuación para las transformaciones, así como en el Derecho Positivo se encuentran presentes los intereses de las clases subalternas transformados en normas estatales. Esto no implica, sin embargo, la desvinculación de la Ciencia Jurídica de las funciones del Estado.

Pues bien, el Derecho Penal no es el responsable directo de la organización jurídica de la actividad productiva. Pero, como se verá, sus tipos legales son adecuados a la represión de actos que puedan poner esta actividad en peligro. Por ello, reprime con maestría precisamente las acciones que puedan significar un riesgo para el sistema productivo capitalista, hasta el punto de ser un dicho popular que sólo el negro, el pobre y la prostituta van a la cárcel. Es decir, en el momento de la creación del tipo penal ya se vislumbra quién va a ser el cliente de la norma.

En base a estas consideraciones ya puede entreverse la imposibilidad de una tutela penal no diferenciada, pues la organización de la actividad productiva exige una protección legal penal ya excluyente en sí misma. O sea, nuestro Código Penal es una norma construida a partir de un marco ideológico fundado en una visión patrimonialista y en una moral cristiana sexista. De ahí sólo puede resultar una tutela penal diferenciada, pues la defensa penal del patrimonio es particular, restringida,

por el simple hecho de que pocos ciudadanos poseen patrimonio.

DOS GRANDES LINEAS DIFERENCIADORAS

Es fácil presentar al menos dos grandes líneas diferenciadoras en la actuación de las normas penales, aunque no sean las únicas. La primera es patrimonialista y la segunda, sexista cristiana.

Hay que tener en cuenta que el Código Penal brasileño es un Decreto-Ley de 1940. En aquella época fueron creados los tipos penales y, después, simbolizados gráficamente a partir de la redacción del Código. Una vez escrita la norma, ésta pasó a ser un significante⁷. Y, en el transcurso de su historia, fue adquiriendo varios significados⁸. Pero el significado original y los posteriores no se apartaron de una lógica, la lógica de las funciones del Estado descritas por Capella y citadas anteriormente. De ahí derivó una represión siempre violenta en relación con los crímenes contra el patrimonio, en detrimento incluso de los crímenes contra la vida y contra la persona. O la postura casi siempre machista y sexista en el juicio de los delitos cometidos contra la persona de la mujer, pero incluidos en la norma represora como crimen contra las costumbres.

Hay, en conclusión, una tutela penal diferenciada, pues el Código Penal protege el patrimonio de pocos, persiguiendo a los sin-patrimonio, que son muchos. De ahí nace una primera gran diferencia para la norma: los propietarios y los no propietarios. Esta es una diferenciación impuesta por el sistema penal y basada en las clases sociales, entendidas en sentido marxista. Pero la norma también diferenció al hombre de la mujer, sea considerando los delitos sexuales no contra la persona de la mujer, sino contra las costumbres, sea convirtiendo en ilícitas algunas actitudes femeninas tenidas como un ultraje público o contra el pudor, sea diferenciando el concepto de persona honesta, según se trate de un hombre o de una mujer.

Todas estas distorsiones y diferenciaciones llevan a una práctica jurídico-penal nada igualitaria, sino, por el contrario, discriminadora, parcial y represora de los más débiles económicamente, salvo raras excepciones. Para ilustrar mejor esto paso a analizar casos más concretos.

EL CONCEPTO DE HONESTIDAD

Tal vez lo más correcto sea hablar de “honestidades” jurídicas. Pero ¿qué significa ser “honesto”? Los diccionarios dicen que se trata de alguien honrado, digno, decente, probo, íntegro, recto, entre otros adjetivos. Sin embargo, estas palabras no dicen gran cosa, pues suscitan a su vez preguntas

⁷ Significante, además, que se mantiene hasta la actualidad, especialmente en relación a los tipos penales, con la salvedad de algunos cambios, en particular el llevado a cabo en la parte general del Código Penal y otros pocos, como los provenientes de la Ley de Delitos Odiosos.

⁸ No se puede olvidar que el significado es la suma, como mínimo, de una descripción, una connotación y una denotación.

⁵ Capella, Juan Ramón. Op. cit., p. 129.

⁶ Andrade, Lédio Rosa. *Introdução ao direito alternativo brasileiro* Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 1996, pág. 265.

como "¿qué es ser honrado?", "¿Qué es ser digno?", "¿Qué es ser decente?" entre otras. Profundizando un poco más en la cuestión, puede verse que los diccionarios, sin tener en cuenta la lucha feminista, conceptúan hoy en día a la mujer honesta, refiriéndose todavía a su sexualidad, como "casta", "pura" o "virtuosa". Seguimos estando ante conceptos subjetivos y su sentido dependerá de la visión del mundo de quien los utilice.

Con el objetivo de precisar la cuestión, elaboré una "doctrina" de la honestidad con los instrumentos de la Ciencia Jurídica Positiva. Tras analizar los Códigos y las Leyes brasileñas, llegué a la conclusión de que existen dos conceptos muy distintos en relación a la honestidad, uno para los hombres y otro para las mujeres, como ya se ha señalado. En lo relativo al sexo masculino, no hay una mención directa, pero el discurso de la doctrina jurídica y de los jueces, en especial sobre el artículo 59 y el artículo 83, III, ambos del Código Penal, y 710 del Código de Proceso Penal, así como el artículo 59 de la Ley de las Contravenciones Penales, no deja duda: *hombre honesto es el que trabaja y paga sus cuentas*. Por lo que se refiere al sexo femenino, se llegó a un concepto diferente. El Código Penal, en el Título referente a los delitos contra las costumbres, prevé tres delitos contra la mujer honesta: 1) artículo 215 (*Poseción sexual mediante engaño*) – *Tener unión carnal con mujer honesta mediante engaño*. – *Pena: reclusión de 1 (uno) a 3 (tres) años*. 2) artículo 216 (*Atentado al pudor mediante fraude*) – *Inducir a mujer honesta, mediante engaño, a practicar o permitir que con ella se practique acto libidinoso distinto de la unión carnal*. – *Pena: reclusión de 1 (uno) a 2 (dos) años*. 3) artículo 219 (*Rapto violento o mediante engaño*) – *Raptar a mujer honesta mediante violencia, amenaza grave o fraude para fin libidinoso*. *Pena: reclusión de 2 (dos) a 4 (cuatro) años*. Estas perlas jurídicas, que discriminan a las mujeres deshonestas de las honestas, tienen su remate en el Código Civil, en su artículo 1548: *La mujer lesionada en su honra tiene derecho a exigir del ofensor, si éste no pudiera o no quisiese reparar el daño mediante el matrimonio, una dote correspondiente a su propia condición y estado: I – si, virgen y menor de edad, fuera desflorada. II – si, mujer honesta, fuera violentada o atemorizada por amenazas. III – si fuera seducida con promesas de matrimonio. IV – si fuera raptada*. La honestidad y la honra de la mujer están relacionadas con su sexualidad y se pagan con el matrimonio o con dinero. Tratada como débil mental, la mujer es, jurídicamente, una mercancía traspasada del padre al marido. De ello resulta que, para el Derecho, *mujer honesta es la que está sexualmente reprimida y mujer deshonesto, la que practica libremente el sexo*. Nunca se llamó "deshonesto" a un hombre por practicar el sexo (ni qué decir tiene que "libremente", por supuesto), pero basta con que no pague una cuenta y su honestidad se desmorona. A contrario tampoco una mujer fue nunca calificada como "deshonesto" por deudas, pero si "traiciona" al marido o tiene una vida sexual muy activa será tachada de vagabunda, zorra, sinvergüenza y, por su-

puesto, de deshonesto. No es por casualidad que al acto de casarse se le llama *matrimonio* y a los bienes de la pareja *patrimonio*. He ahí una prueba de que nuestro Derecho representa, casi en su totalidad, una sociedad capitalista y fuertemente machista.

Sin la menor duda, hay una tutela judicial penal fuertemente diferenciada en relación con las mujeres tenidas por honestas y las tenidas por deshonestas.

DEL PATRIMONIO Y DE LA PERSONA

Este es un ejemplo bien conocido ya, que pone de manifiesto la diferenciación de los castigos en relación con los delitos practicados.

Para demostrar el tratamiento diferenciado dado por las normas penales basta decir que las penas más severas en nuestro sistema penal se refieren a los delitos de robo con homicidio —tipificado en un mero apartado (§ 3º) del artículo 157, relativo al robo—, y de extorsión mediante secuestro con resultado de muerte⁹, conforme al § 3º del artículo 159, incluidos ambos dentro del capítulo II del Título II del Código Penal, relativo a los delitos contra el patrimonio. Si una persona roba y mata, está sujeto a una pena de 20 a 30 años de reclusión. Si secuestra a un empresario para obtener lucro y lo mata, será condenado, como mínimo, a 24 años y como máximo, a 30 años de reclusión. Pero si viola a una adolescente con resultado de muerte (artículo 213 c/c 223, parágrafo único), la pena es de 12 a 25 años de reclusión¹⁰. Además, para el código, la violación es un delito contra la libertad sexual, incluido entre los delitos contra las costumbres. Si el crimen fuera de homicidio simple (art. 121), la pena es de 6 a 20 años de reclusión; y si fuera de homicidio cualificado (art. 121, § 2º), el castigo aumenta de 12 a 30 años de reclusión.

Entre los delitos contra la persona, están las lesiones corporales. Véanse los siguientes casos:

a) una persona propina, sin intención de matar, un navajazo a otra, causándole un corte. Pena de 3 meses a un año de detención (art. 129);

b) si del navajazo se derivó incapacidad para las ocupaciones habituales por más de treinta días, peligro de muerte, debilidad permanente de un miembro, sentido o función (ceguera en un ojo, por ejemplo), o provocación de parto, pena de 1 a 5 años de reclusión (art. 129, § 1º),

c) si del navajazo se derivó incapacidad permanente para el trabajo (quedar tetrapléjico), enfermedad incurable, pérdida o inutilización de un miembro, sentido o función (quedar totalmente ciego), deformidad permanente (perder las piernas) o aborto, pena de 2 a 8 años de reclusión;

d) si del navajazo se derivó lesión leve, pero la

⁹ Hay que recordar que el delito de extorsión mediante secuestro fue modificado de manera casuística, volviéndose más severo su castigo, como respuesta a una pequeña ola de secuestros de grandes empresarios de Rio y São Paulo

¹⁰ Es preciso tener presente que las penas de estos delitos pueden sufrir un incremento de la mitad, en la hipótesis del art. 9º de la Ley 8072/90

víctima cayó, se golpeó en la cabeza y murió, la pena es de 4 a 12 años de reclusión.

Volviendo a los crímenes contra el patrimonio, paso a analizar casos de hurto y robo, con sus consiguientes penas, a fin de compararlos con los supuestos de lesiones corporales:

a) si la víctima deja abierta la puerta de su vehículo y el delincuente coge de su interior un reloj usado, pena de 1 a 4 años de reclusión (art. 155);

b) si la puerta del vehículo estuviera cerrada y el autor rompe el cristal¹¹ o usa una llave falsa, la pena pasa a ser de 2 a 8 años de reclusión (art. 155, §4º);

c) si la víctima estuviera dentro del vehículo y el autor la amenazase, sin producir herida alguna, y se apodera de el reloj, la pena es de 4 a 10 años de reclusión (art. 157). Si para amenazar el autor usa un revólver de juguete¹², la pena de 4 a 10 años se aumenta de un tercio a la mitad;

d) si de la violencia resulta una lesión corporal grave, la pena es de 7 a 15 años de reclusión (art. 157, § 3º);

e) incluso sin intención de matar, si de la violencia ejercida para robar, resulta muerte (la víctima puede morir de ataque cardíaco¹³), se tipifica el supuesto como robo con homicidio, con pena de 20 a 30 años de reclusión, como ya se señaló.

La comparación llega al absurdo si se hace en relación con el delito de extorsión mediante secuestro:

a) para el hecho en sí de secuestrar a una persona para obtener un lucro, incluso sin causarle ningún daño físico, la pena es de 8 a 15 años de reclusión (art. 159, *caput*, del CP), o sea, mayor que la del crimen de lesión corporal con consecuencia de muerte. La pena mínima es superior en dos años a la del homicidio simple;

b) si el secuestro durase más de 24 horas, o fuera practicado por banda o cuadrilla (casi todos lo son, pues es prácticamente imposible que una persona secuestre a otra y obtenga el rescate en menos de 24 horas), o si la víctima fuera menor, todo ello asimismo sin ningún daño físico, la pena es superior a la prevista para el delito de homicidio simple (6 a 20 años de reclusión) y prácticamente igual a la fijada para el homicidio cualificado (12 a 30 años), toda vez que el castigo es de 12 a 20 años de reclusión, de acuerdo con los términos del § 1º del mismo artículo;

c) si del crimen se derivan lesiones graves, pena de 16 a 24 años, y si tiene resultado de muerte, 24 a 30 años de reclusión (§§ 2º y 3º). Esto es un absurdo frente a las penas estipuladas para los crímenes contra las personas, incluyendo el homicidio cualificado.

Para ponerlo más claro: si un delincuente, sin in-

tención de matar, agujerea los dos ojos de una persona y, además, la deja tetrapléjica, puede recibir una pena de 2 a 8 años de reclusión, pero si osa robar un reloj a alguien, amenazándole con un arma de juguete, sin producirle lesión física alguna, estará sujeto a una pena de 4 a 10 años de reclusión.

También la ley nº 9.099/95 sobre Procedimientos Especiales, Civiles y Penales incluyó el crimen de lesiones corporales¹⁴ contra la persona entre los de menor potencial ofensivo, sujeto por tanto, a los procedimientos especiales, pero excluyó el crimen de hurto, incluso simple, por considerarlo de mayor potencial ofensivo.

Un análisis de estos ejemplos permite sacar otra conclusión. El legislador escogió a los delincuentes que quería castigar con más severidad, o sea, los autores de crímenes contra el patrimonio (la propiedad privada es el motor del sistema capitalista), y dirigió una pena severa contra ellos, o las penas más severas. Así, el Derecho Penal fue constituido para proteger el patrimonio, en detrimento de la propia vida o integridad física de la persona. No está de más recordar que contra el patrimonio privado generalmente delinque quien no tiene patrimonio. Y contra el patrimonio público, ahí sí, son los ricos, adinerados y con patrimonio los que delinquen, pero el castigo es muy leve.

Véase por ejemplo el escándalo de la SUDAM (Superintendencia de Desarrollo de la Amazonía), publicado en toda la prensa nacional, con un perjuicio de más de dos mil millones de reales al erario público. ¿Cuántos niños del nordeste mueren de hambre o de enfermedades fácilmente curables como consecuencia de este tipo de delitos? ¿Cuál es la pena para sus autores? La corrupción pasiva (art. 317) y activa (art. 333) tienen la misma pena de 1 a 8 años de reclusión¹⁵. Además de tener una pena menor, estos crímenes difícilmente llegan a ser castigados, pues el proceso penal no proporciona medios eficaces de depuración de responsabilidades. Y el resultado de muerte, a pesar del evidente nexo de causalidad entre el acto criminal y el resultado, conocido por el delincuente y simplemente olvidado, no es tenido en cuenta. La acción y la omisión que permite la muerte colectiva de miles de niños no es tipificada como delito, ni tiene autores.

En el caso de hurto de un reloj en el interior de un vehículo con las puertas abiertas, la pena prevista es de 1 a 4 años de reclusión. Pero en el caso de que un rico empresario defraude un millón de reales en el impuesto de la renta, su pena será de 6 meses a 2 años de detención. Si no fuera reincidente, la pena sería sustituida por multa, todo ello de

¹⁴ Excluyéndose las lesiones culposas resultantes de accidente de tráfico (art. 303 de la Ley 9.503/97). Es una aberración jurídica, pero en caso de accidente de tráfico con lesiones el acusado resultará beneficiado si alega que obró dolosamente, es decir, que lanzó el vehículo a propósito sobre la víctima para lesionarla. Con esto, su pena de 6 meses a dos años de detención disminuye a una pena de 3 meses a un año.

¹⁵ La pena mínima de estos delitos es igual a la pena mínima del hurto simple. O sea, quien hurta un reloj viejo acaba recibiendo la misma pena que quien se ve envuelto en un delito de corrupción con un perjuicio de millones para las arcas públicas. Además, un corrupto de esta envergadura recibe la misma pena que un guardia de tránsito que acepta unos pocos reales para no poner una multa.

¹¹ En éste y otros ejemplos existen divergencias entre la jurisprudencia. Pero la postura tradicional es siempre en el sentido señalado.

¹² En lo relativo al revólver de juguete, hay alguna divergencia, pero la cuestión ya fue resuelta por el Tribunal Superior de Justicia en los siguientes términos: "En el delito de robo, la intimidación hecha con arma de juguete autoriza el aumento de la pena."

¹³ Es necesario que exista una relación de causalidad en los términos del art. 13 del Código Penal.

acuerdo con el artículo 1º, de la Ley nº 4.729/65, que define el delito de fraude fiscal, o del artículo 2º, de la Ley nº 8.137/90, que tipifica delitos contra el orden tributario, económico y contra las relaciones de consumo. Es más: de acuerdo con los términos de la Ley nº 9.249/95, el defraudador, si realiza el pago de su tributo antes de recibir la denuncia, ve extinguida su responsabilidad. Dicho beneficio se extiende al caso de emisión de cheques sin fondos, de acuerdo con la Súmula (decisión jurisprudencial) 554, del Tribunal Supremo Federal. Pero, si se trata de hurto, sirve de poco devolver la *res furtiva* o efectuar el correspondiente pago, pues no se extingue la responsabilidad. Cuando mucho, el acusado se beneficiará tan sólo con la reducción de la pena por arrepentimiento posterior, conforme lo establece el artículo 16 del Código Penal. Resulta evidente, una vez más, quiénes son los destinatarios. Los excluidos no pagan impuestos ni tienen talonario de cheques, pero cometen hurtos.

En el caso de un latifundista que, junto a un grupo de matones, invade una finca y expulsa de allí mediante amenaza grave a los legítimos poseedores, quedándose con la tierra, la pena será de 1 a 6 meses de detención (art. 161, § 1º, II). O sea, hurtar un reloj viejo es más grave, para el Derecho Penal, que apoderarse ilícitamente de varias hectáreas de tierra. En la actualidad, con el surgimiento del MST (Movimiento de los Trabajadores sin Tierra), se habla de alterar esta disposición. Ahora bien, si un sin-techo invade u ocupa un inmueble o unidad residencial construida o en construcción, objeto de financiación por el Sistema Financiero de la Vivienda, la pena es de 6 meses a 2 años de detención de acuerdo con el artículo 9º, de la Ley nº 5.741/71.

Una comparación más. Si se sustrae un reloj de un vehículo mediante amenaza realizada con un revólver de juguete, el autor será merecedor de una pena de 4 a 10 años de reclusión, incrementada de un tercio hasta la mitad. Los fraudes en el sistema financiero nacional son conocidas por todos. Sólo el caso del Banco Marca, del que ha informado la prensa nacional, causó un perjuicio al erario público aproximadamente de mil millones de reales. Pues bien, de los innumerables delitos previstos en la Ley nº 7.492/86, que define los crímenes contra el sistema financiero nacional, la mayor pena establecida es la del artículo 4º, "Gestionar fraudulentamente institución financiera", fijada entre 3 y 12 años de reclusión. Para la legislación penal, robar un reloj es una acción de mayor potencial ofensivo a la sociedad que todos los crímenes financieros, incluyendo el de gestionar fraudulentamente una institución financiera, con perjuicios superiores a mil millones sufridos por el gobierno y por los clientes. En todos estos casos, cabe recordar que, ya en la tipificación, el legislador seleccionó el designio de la norma. O sea, en los crímenes practicados por las clases altas, la pena es muy inferior a la de los crímenes normalmente practicados por las clases sociales bajas o por quienes están al margen del proceso productivo.

Lo mismo ocurrió con el Estatuto del Niño y del Adolescente, que no tipificó como crimen la explo-

tación del trabajo infantil, práctica ejercida por los propietarios de los medios de producción, y estableció una pena de 1 a 4 años de reclusión para una madre desesperada que entrega un hijo en adopción a cambio de una bagatela.

Un crimen que causa repugnancia en todas las sociedades democráticas es la tortura. Pero en Brasil, el hecho de que una persona torture a otra implica una pena igual al hurto cualificado (apoderarse de un reloj dentro de un vehículo, usando una llave falsa), o sea, de 2 a 8 años de reclusión, de acuerdo con el artículo 1º, II, de la Ley nº 9.455/97. Si de la tortura resultasen lesiones corporales de naturaleza grave o gravísima (art. 1º, § 3º), entonces la pena se equipara al robo no cualificado (apoderarse de reloj mediante grave amenaza, incluso sin provocar herida alguna), de 4 a 10 años de reclusión. Y peor. Si la tortura tuviera resultado de muerte, la pena es de 8 a 16 años de reclusión (mismo § 3º), o sea, apenas un año más que la pena del robo con lesiones corporales (de 7 a 15 años), e infinitamente¹⁶ menor que la del robo con muerte (de 20 a 30 años) y la de la extorsión mediante secuestro con resultado de muerte (24 a 30 años). Por tanto, para la legislación penal, que una persona torture a otra cruelmente hasta la muerte es un delito mucho menor que quitarle el reloj a alguien matándolo, aunque sea del susto. Una vez más está presente la tutela penal diferenciada. La ley busca perseguir, castigar severamente a quien ataca el sistema productivo dominante, edificado sobre la propiedad privada. El pobre no tortura a nadie. Al contrario, normalmente es torturado.

Los análisis llevados a cabo hasta el momento tuvieron como base la norma escrita, o sea, el significante penal. Seguidamente, se presentarán algunos ejemplos extraídos de la aplicación de estas normas, o, en términos semiológicos, del significado dado a los significantes penales. En este campo también se da una diferenciación estructural en la tutela judicial penal.

HERMENEUTICA DIFERENCIADA

Los significantes penales son estructural y sistémicamente diferenciadores. Pero no sólo ellos. Los significados penales también. Tanto la doctrina como la jurisprudencia tradicionales que en definitiva dan, o buscan dar, significado a la norma escrita, siguen el mismo camino diferenciador en la aplicación de la tutela judicial penal. Y esto no sólo en casos particulares o excepcionales. Por el contrario, se trata de algo endémico. Los ejemplos aclararán estas afirmaciones.

DEL CODIGO PENAL Y DE LA LEY DE EJECUCIONES PENALES

En este punto, creo que se da hasta una cierta hipocresía en los juristas tradicionales. Vuelve la dis-

¹⁶ Los principios de proporcionalidad y de dignidad de la persona son olvidados reiteradamente

cusión del legalismo o del juez "boca de la ley". Más que en cualquier otra rama del Derecho, el Derecho Penal se dice o, mejor, los penalistas dicen que, en la aplicación de la ley penal, el magistrado debe atenerse a la literalidad de la norma: "la única fuente del Derecho Penal es la norma legal. No hay Derecho Penal vagando fuera de la ley escrita. En materia penal, no hay lugar para la distinción entre *ley* y *Derecho*. (...) La ley penal es, así, un sistema cerrado: aún cuando aparezca incompleta o con lagunas, no puede ser *suplida* por el arbitrio judicial, o por la analogía, o por los "principios generales del Derecho", o por la *costumbre*. Desde el punto de vista de su aplicación por el juez, puede incluso decirse que la ley penal no tiene *lagunas*."¹⁷

Pues bien, sin mayores polémicas, esto debe querer decir que la norma penal (todas) debe ser cumplida. ¿Qué sucede, de hecho, en el día a día de los juzgados? Los juristas tradicionales buscan cumplir, rigurosamente, el Código Penal o, más específicamente, el sentido que ellos dan a esa norma. Sin embargo, después de condenar al acusado y de que la sentencia sea firme, esta fidelidad a la norma escrita desaparece: los mismos magistrados que condenaron en nombre de la obediencia a la ley dejan de respetarla, como en un pase mágico, pues a partir del inicio del cumplimiento de la pena, la norma legal que ha de ser observada ya no es el Código, sino la Ley de Ejecuciones Penales, legislación mucho más democrática. Se trata del pluralismo jurídico interno al propio Derecho oficial, o sistema normativo estatal, de que nos habla Boaventura de Souza Santos¹⁸. O sea, en el interior del monismo jurídico estatal hay una rama reaccionaria y otra progresista. En el caso analizado, el Derecho Penal es conocido por su carácter reaccionario, patrimonialista y moralista, mientras que la Ley de Ejecuciones Penales es una legislación moderna, orientada al respeto de la persona.

Si se respetase esta legislación, difícilmente algún presidio o penitenciaría brasileños podrían continuar en funcionamiento. Sin embargo, los magistrados de ejecución penal no se cansan de elaborar discursos para justificar el no cumplimiento de la norma, utilizando los ya conocidos requisitos retóricos de la sentencia penal¹⁹, dando la impresión de que ni siquiera están vulnerando las disposiciones legales cuando, en realidad, incumplen frontal y abiertamente la ley. El resultado de esta omisión hermenéutica es la institucionalización de varias otras penas junto a la reclusión o detención. Además de la pérdida de libertad, el condenado cumple la pena de sevicios sexuales, lesiones corporales, torturas, hambre e, incluso, la propia pena de muerte, pues la infección por el virus del SIDA es muy probable, así como la muerte por otras enfermedades, o las llevadas a cabo por los policías y/o compañeros de

celda. ¿No estarían estos magistrados, en especial los jueces de ejecución penal, cometiendo los crímenes previstos en la Ley n.º 4.898/65 (Responsabilidad civil y penal en los casos de abuso de autoridad), en especial de su artículo 4.º?

La prestación judicial penal es totalmente diferenciada, pues, en un primer momento (para condenar), utiliza el discurso legalista del cumplimiento ciego de la ley y, en el momento siguiente (cumplir la pena respetando la dignidad de la persona), el legalismo desaparece para prevalecer una nítida falta de respeto de la norma. Los motivos de este súbito cambio de postura de los jueces son conocidos. Está probado empíricamente que la población carcelaria, por consiguiente, los condenados, es oriunda de las clases más excluidas económicamente, con rarísimas excepciones. Por tanto, para aplicarles las penas se utiliza la *dura lex sed lex*, mas, para hacérselas cumplir se utiliza la dura realidad, incumpliendo la norma.

La abierta falta de respeto a la legislación, siempre en detrimento de la persona del acusado, es más normal de lo que se piensa. El propio Tribunal Superior de Justicia ha negado el *habeas corpus* a un reo en prisión preventiva, cuyo plazo máximo de detención había sido sobrepasado, y no por culpa suya. El argumento de los señores magistrados fue en el sentido de que el Derecho, como hecho cultural, es histórico. Así, los plazos establecidos por el Código de Proceso Penal, ya no serían adecuados a la realidad social actual. El preso preventivo puede, por consiguiente, seguir encarcelado por tiempo indeterminado, por el fiasco del retraso de la justicia²⁰.

LA BAGATELA

Como ya se vio, la pena prevista para el delito de hurto simple es de 1 a 4 años de reclusión. Tamaña violencia represiva, en determinados casos concretos, puede llegar al absurdo si se analiza el valor del objeto hurtado. Por ello se creó, vía jurisprudencia, una eximente: el reconocimiento de la "bagatela" o de la insignificancia. O sea, dado el ínfimo valor de la *res furtiva*, no se justifica iniciar toda la burocracia de un proceso penal, para una condena final sin proporción alguna con el acto practicado, como, por ejemplo, hurtar una cerilla de madera²¹. A primera vista, parece que la jurisprudencia abandona su extraña voluntad de condenar para suavizar la represión penal. Pero, a través de un análisis más profundo, se llega a la conclusión de que, una vez más, esta "actitud humanizadora" también acaba practicando una tutela judicial penal diferenciadora.

Esto es así porque ha de fijarse un precio para la bagatela o para la insignificancia. Cuando se trata de hurto (pues al robo no se aplica este principio debido a la presencia de violencia o amenaza), hay largas discusiones. Se acepta, por ejemplo, medio salario mínimo, hoy 90 reales, como el valor mínimo

¹⁷ Hungria, Nelson. *Comentarios ao Código Penal*. Rio de Janeiro. Forense, 4.ª ed., 1958, Vol. I, Tomo I, arts. 1.º a 10, pág. 13. La obra es antigua, pero el pensamiento aún perdura en la mente de la mayoría de los juristas, que se niegan a ver la realidad.

¹⁸ Ver Andrade, Lédio Rosa. Op. cit., pág. 278, en especial nota n.º 81.

¹⁹ Ver Brum, Nilo Bairo de "Requisitos retóricos da sentença penal". São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 1980, 124 p.

²⁰ Andrade, Lédio Rosa. Op. cit., págs. 218/220.

²¹ El tema es estudiado en Carvalho, Amilton Bueno *Teoria e prática do direito alternativo*. Porto Alegre. Síntese, 1998, págs 139/144

necesario del objeto hurtado, para que el hecho sea de interés para el Derecho Penal. Muchos defienden un valor inferior, que acaba siendo fijado en 50 reales. La diferenciación existe no en la discusión de esta cuantía mínima necesaria para constituir el crimen, sino en la comparación con el valor de la bagatela en los delitos de evasión de impuestos²², en especial en la esfera de la Justicia Federal. Allí, para que una conducta sea penalmente significativa, el valor del impuesto no pagado debe ser superior a 1.000 reales. A modo de ilustración, en los delitos de contrabando, para que el montante del impuesto debido alcance la cifra de mil reales, el valor de las mercancías aprehendidas debe ser, como mínimo de 2.250 reales²³. ¿Por qué tamaña diferencia en los conceptos de insignificancia y bagatela? La respuesta es simple: los crímenes de contrabando son practicados por personas de la clase media o alta. Y, en la justicia común, ¿quién comete los hurtos? Con certeza, los sub-salarios o los sin-salario.

Por lo tanto, para una hermenéutica penal tradicional, si una señora es cogida en la aduana de un aeropuerto, con hasta dos mil doscientos cincuenta reales en perfumes franceses de contrabando, no comete delito alguno. Pero si la señora llega a su casa y su empleada doméstica le hurta 50 reales, entonces ésta será procesada penalmente y estará sujeta a una pena de 1 a 4 años de reclusión. ¿Cuál de las dos acciones tiene un mayor potencial ofensivo para la sociedad? La respuesta dependerá de la clase social de quien responda.

Un caso análogo se da también en relación al denominado "hurto de uso". Sucedió que con el terrible aumento de la ideología consumista varios jóvenes, hijos de familias burguesas, empezaron a hurtar vehículos para pasear y conquistar a las chicas. Tal práctica fue rápidamente descriminalizada. Pero si un empleado fuera atrapado andando con una bicicleta ajena inmediatamente después de apoderarse de la misma, seguramente su acto será calificado como tentativa de hurto.

No se pretende criticar la figura de la bagatela o del hurto de uso, pues, del mismo modo que el hurto famélico, son importantes avances en el Derecho. Lo que se discute es la forma diferenciada como estos institutos están siendo usados. No se trata, tampoco, de un discurso apologético de los pobres y excluidos. No. Hay pobres y pobres. Lo que es inaceptable es la actitud diferenciada del Estado de Derecho, cuando discrimina a determinadas clases sociales en el marco de su actuación en la esfera jurídica, en particular la penal.

ARTICULO 59 DEL CODIGO PENAL

El sistema penal brasileño, al prohibir una determinada conducta, la tipifica como infracción penal (delito o falta). Teóricamente, cualquier persona que realice una acción prohibida por la ley penal o deje de hacer otra a la que aquella obliga, incurrirá en responsabilidad penal y estará sujeto a las penas previstas para el caso. Estas pueden ser privativas de libertad (prisión), multa (pago de una cantidad de dinero) o restrictivas de derechos (prestación de servicios a la comunidad, inhabilitación temporal, suspensión del permiso de conducir, etc.). En todos esos casos, la legislación da al magistrado un margen de elección, pues las penas no están previstas de forma perentoria, absoluta. Por ejemplo, en el crimen de hurto simple, la condena establecida no es una cantidad fija de tiempo, sino de 1 a 4 años de prisión. Y esto ocurre precisamente porque, como dice el sentido común, cada caso es diferente. El hecho de que dos personas hayan cometido el mismo crimen de hurto (substraer cosa ajena mueble) no significa que merezcan la misma cantidad de años de prisión. Basta pensar en la diferencia entre un hurto cometido por una persona honesta, pero desesperada por estar desempleada y con la familia pasando hambre y otro practicado por puro afán de lucro siendo el agente una persona que no sufre privación económica alguna²⁴. En este particular, desde mi punto de vista, el Derecho positivo penal está en lo cierto. Establece una diferencia para que sea observada por el magistrado en el momento de la aplicación de la pena, a fin de permitir una aplicación de la norma al caso concreto más ecuánime.

En la aplicación de la pena privativa de libertad, los jueces parten de una pena base, fijada entre el mínimo y el máximo previsto (de 1 a 4 años en el caso mencionado) y, seguidamente, aplican sobre ella las circunstancias atenuantes y agravantes para, al final, considerar las causas de disminución y aumento de la pena, todo ello de acuerdo con el artículo 68 del Código Penal. La gran reflexión sobre este tema es la siguiente: ¿cómo y por qué criterios deberá fijar el magistrado la pena base, o sea, la cantidad de tiempo de prisión inicial que sirve de base para todo el cálculo posterior? ¿Cómo escoger entre 1 y 4 años? ¿Debe partir de 1, 1 y medio, 1 siete meses y un día, 2, 3 o 4 años de prisión? Esto es fundamental, pues cuanto mayor sea la pena base, mayor será la pena final concreta.

La respuesta es simple. El magistrado, en cada sentencia, deberá analizar obligatoriamente los factores objetivos y subjetivos que rodean al crimen cometido. Son las llamadas "circunstancias judiciales", previstas en el artículo 59 del CP, redactado así: "El juez, atendiendo a la culpabilidad, a los antecedentes, a la conducta social, a la personalidad del autor, a los motivos, a las circunstancias y consecuencias del delito, así como al comportamiento de la víctima, establecerá, conforme sea necesario y suficiente para la reprobación y prevención del de-

²² Según el Tribunal Superior de Justicia (Recurso de *Habeas Corpus* n° 9.319, SC, 1999/0107851-2), en los delitos de evasión de impuestos, el Derecho Penal solo está interesado en el castigo cuando el importe sea superior a 1000 reales.

²³ Ver los Recursos Especiales n° 235 151, PR, 99/0094757-6 y n° 221.489, PR, 1999/0058781-0

²⁴ Estos casos acaban siendo considerados como cleptomanía, sin ser objeto de castigo.

lito: I —las penas aplicables de entre las previstas; II— la cuantía de la pena aplicable, dentro de los límites previstos; III — el régimen inicial de cumplimiento de la pena privativa de libertad; IV — la sustitución de la pena privativa de libertad aplicada, por otra especie de pena, si cabe.”

Esta norma está constituida por medio de varios conceptos, muchos referentes a la subjetividad humana e, incluso, no jurídicos, sino psicológicos, como “personalidad”, “motivo”, “conducta social” y “comportamiento”. Estos conceptos dificultan la comprensión y aplicación del precepto legal. Sin embargo, se prohíbe al juez ignorarlos. Por lo tanto, tras convencerse de la culpabilidad de un acusado y de criminalizarlo juzgándolo responsable del acto, al aplicar la pena, el magistrado deberá tomar en consideración, uno a uno, de manera explícita, motivada y justificadamente, todos los factores descritos en la norma jurídica transcrita. Sólo después podrá individualizar la pena, o sea, fijarla concretamente, a fin de que sea cumplida por una determinada persona. Si no lo hiciera así, el magistrado estaría actuando contra la ley, más específicamente contra el Código Penal y la Constitución Federal (art. 5º, XLVI), lo que convertiría en nula su decisión. Ha de subrayarse que tomar en consideración estas circunstancias, además de ser una obligación legal, es una actitud prudente y correcta, pues permite al juez fijar la pena teniendo como fundamento todas las circunstancias que rodean el delito. Y esto, en teoría, posibilita una individualización y concretización más justa de la sanción.

Hay, sin embargo, varios problemas que impiden que el magistrado actúe de forma correcta. En primer lugar, las Facultades de Derecho no enseñan debidamente a los alumnos estos conceptos. Volcadas exclusivamente hacia el discurso jurídico, el análisis del mencionado artículo 59 se lleva a cabo de una manera puramente formal. Incluso las disciplinas de Psicología Jurídica, recientemente implantadas, son insuficientes para producir el conocimiento necesario para el análisis de las circunstancias judiciales. En segundo lugar, el proceso penal no está en condiciones de aclarar los hechos y permitir al magistrado el debido análisis de las condiciones subjetivas que envuelven el crimen. O sea, la verdad procesal es totalmente distinta de la verdad real. La “verdad” resultante de la instrucción procesal, casi toda basada en la prueba testifical, o es falsa o, como mínimo, insuficiente. El único contacto del juez con el acusado tiene lugar durante el interrogatorio, realizado en pocos minutos, donde no se indaga nada acerca de su vida y su subjetividad. En la instrucción penal, lo normal es que el juez actúe como investigador en busca de una condena. Sus preguntas suelen ir dirigidas en ese sentido.

La gran mayoría de los magistrados ignora tanto los conceptos como los hechos que serían necesarios para un debido cumplimiento y análisis de la norma. ¿Cómo fundamentan, entonces, sus sentencias? De una forma muy conveniente para los jueces, pero adversa para los condenados: con frases hechas. Ya en los cursillos preparatorios para

los concursos de acceso a la carrera judicial se dan a los alumnos frases hechas para cada circunstancia judicial (que serán usadas, lamentablemente, en la futura vida profesional), a fin de ser transcritas de forma indiscriminada en todas las sentencias, con independencia del caso concreto y de la persona del reo. Lo peor de todo es que son frases vacías y no dicen nada sobre los contenidos exigidos por la norma. Están repletas de ideología reaccionaria y apenas sirven para cumplir un ritual, como si la ley, la libertad, la dignidad y la vida de las personas acusadas fuesen una mera formalidad. Ejemplos de ello son: “la conducta criminal del acusado merece castigo”; “que observa mala conducta social por andar en malas compañías y no asumir sus responsabilidades en cuanto a los deberes que la vida social (o el matrimonio) exige, no amoldándose a las pautas normales de sociabilidad”; “comportamiento normal de la especie”; “motivo relacionado con el tipo”; “dolo común al caso”. En cuanto al análisis de la personalidad, las frases hechas, además de poner de manifiesto un desconocimiento total de las teorías relativas a la misma, evidencian un alto e inaceptable grado de prejuicio. Pueden destacarse: “personalidad malformada, agresiva y con contornos de distorsión moral”, o “está malformada precisamente como consecuencia del bajo nivel social en que vivió siempre”. O sea, el pobre tiene malformada la personalidad, el rico, no.

Esta falacia, esta falta de respeto a la ley y a la persona acaban siendo el fundamento de una sentencia judicial. Frases hechas, repetitivas y vacías, que no dicen absolutamente nada útil salvo poner de manifiesto los prejuicios latentes, deciden cuántos años pasará un ciudadano en la cárcel.

En este punto, además, el Código Penal, en su parte general, prevé una tutela penal diferenciada en cada caso para permitir una adecuada aplicación de la pena. Lo que debería ser diferenciado por la actuación de los jueces en función de la persona, acaba siendo diferenciado por la clase social y el resultado, como siempre, es en perjuicio de los económicamente más débiles, que siempre pagan con su libertad las aberraciones jurídicas y judiciales.

CONCLUSION

Por lo que respecta al Derecho Penal positivo brasileño, se vio que su significante (la ley escrita) y sus significados (decisiones de los magistrados e interpretaciones) constituyen un sistema diferenciador, en el cual quedan bastante claros sus objetivos de clase y de mantenimiento de una estructura socioeconómica determinada. El papel de las leyes penales es, primordialmente, mantener esta estructura y castigar severamente a los miembros de las clases subalternas que osen atacarla.

Las leyes penales especiales, las consideradas como las únicas que proporcionan una tutela judicial penal diferenciadora son, en verdad, el resultado de determinadas políticas necesarias al sistema hegemónico y a la estructura productiva. La Ley de

Delitos Odiosos es un buen ejemplo. Y la Ley de los Procedimientos Especiales no escapa a la regla. Ha de destacarse que en las últimas décadas, las leyes especiales, en su gran mayoría, vinieron a crear nuevos tipos penales y/o aumentar las penas de los existentes.

Para concluir este trabajo, es importante recordar las previsiones sobre las posibles tendencias del Derecho en el mundo globalizado actual, realizadas por el Sociólogo del Derecho José Eduardo Fariá. Para él todo indica que en un futuro próximo los derechos sociales van a disminuir sensiblemente. El propio Derecho del Trabajo corre peligro de extinción, volviendo a estar crecientemente reguladas las relaciones laborales por el Derecho Privado. Todo esto ocurrirá debido a las transformaciones del Derecho moderno que están teniendo lugar, precisamente, para adecuar los sistemas jurídicos nacionales a los intereses del capitalismo global.

Pues bien, siguiendo la hipótesis defendida en este estudio de que el Derecho Penal es, en sí, diferenciador, es importante preguntarse acerca de sus perspectivas de futuro. También según Fariá,

probablemente habrá un recrudescimiento del Derecho Penal. ¿Por qué? Porque el capitalismo globalizado aumentará la miseria de la población y esto incrementará la insatisfacción social. Entonces, el Derecho Penal deberá cumplir sus funciones, a saber, promover las condiciones necesarias para el desarrollo y mantenimiento de la actividad productiva capitalista global y reprimir las posibles amenazas venidas de las clases subalternas, garantizando, así, la existencia social del capital, de acuerdo con la afirmación de Capella, transcrita más arriba.

A causa de estos factores, entre otros que no serán señalados debido a cuestiones de espacio, es por lo que se entiende que toda tutela judicial penal es diferenciada, pues el Derecho Penal y el propio Derecho Procesal Penal²⁵ forman parte de un sistema esencialmente diferenciador.

Esto no implica, sin embargo, que se esté defendiendo la extinción del mismo. Pienso que el Derecho Penal debe ser democratizado y convertido en mínimo. Esto, no obstante, es un tema para ser abordado en otra ocasión.

²⁵ En el ámbito del proceso, es suficiente recordar que la casi totalidad de los reos condenados no reciben la debida defensa, pues la "defensoría" pública o los abogados de oficio actúan sólo formalmente, con raras excepciones. El principio del derecho a la defensa, en el proceso penal, es una ficción, por usar un eufemismo. Esto implica, en consecuencia, que a estos reos privados de derechos constitucionales, también se les impide presentar en juicio sus pruebas de defensa, pues ni siquiera tienen dinero para llevar a sus testigos ante el tribunal

Declaración de Guatemala: Red Centroamericana de Jueces, Fiscales y Defensores por la Democratización de la Justicia*

Reunidos en la ciudad de Guatemala de la Asunción, preocupados por los distintos problemas regionales que impiden el ejercicio de las funciones judiciales y parajudiciales de forma independiente y democrática, lo que repercute negativamente en toda la ciudadanía, e impide la consolidación del Estado Constitucional de Derecho; hemos conformado el día de hoy la "Red Centroamericana de Jueces, Fiscales y Defensores por la Democratización de la Justicia".

Convencidos de que las asociaciones de jueces, de fiscales y de defensores, son instrumentos idóneos para construir el cambio que reclama el actual momento histórico en los sistemas de administración de justicia.

Por ello asumimos el firme compromiso de trabajar por un movimiento asociativo y no corporativo, en torno a nuestras realidades sociales y de acuerdo a los siguientes objetivos:

- Crearemos y pondremos en marcha un *sistema de acción* a nivel centroamericano e internacional para intervenir ante las situaciones individuales o institucionales de violaciones a la independencia judicial. En otras palabras: toda acción que vulnere la independencia judicial podrá ser denunciada ante nuestra red la cual, luego de un exhaustivo análisis, actuará de acuerdo a una guía de procedimientos preestablecida para intentar modificar la situación.

- Impulsaremos, mediante el debate académico y

político, sistemas transparentes de selección, evaluación y desempeño de jueces, fiscales y defensores, única manera de garantizar el derecho ciudadano de una justicia independiente.

- Promoveremos la comunicación con asociaciones de jueces, fiscales y defensores y redes de toda Latinoamérica para quebrar el aislamiento de las acciones por la democratización de la justicia.

- Trabajaremos por la consolidación y/o creación de consejos de las carreras judiciales, del MP y de defensores públicos.

- Promoveremos mecanismos de investigación objetivos y transparentes ante los casos de intimidaciones y amenazas a los jueces, fiscales y defensores que se producen en la región centroamericana, como también acciones urgentes en caso de encontrarse en riesgo la vida o la integridad de los operadores de justicia.

- Impulsaremos mecanismos de participación ciudadana en los sistemas de administración de justicia.

Conscientes de las dificultades que implica participar en la construcción de un movimiento por el cambio en los sistemas de administración de justicia, la Red velará por la protección del derecho asociativo.

Ciudad de Guatemala de la Asunción, a los veintiséis días del mes de octubre de dos mil uno.

* Organizaciones que han participado en la constitución de la Red:

- Asociaciones de Jueces y Magistrados del Organismo Judicial (Guatemala).
- Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), oficinas para Centroamérica.
- Asociación de Jueces y Magistrados de Honduras.
- Asociación de Fiscales de Honduras (AFH).
- Asociación de Defensores Públicos de Honduras.
- Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIPH-Honduras).
- Asociación de Jueces por la Democratización de la Justicia en El Salvador (AJUDJES).
- Foro de Jueces Democráticos e Independientes (FDI-El Salvador).
- Unión de Jueces Democráticos de la Región Occidental (UJDRO-El Salvador).
- Asociación de Jueces y Juezas de Morazán (AJUMO-El Salvador).
- Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD-El Salvador).
- Grupo de los 25 (Costa Rica).
- Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.
- Asociación de la Defensa Pública (Costa Rica).
- Asociación Costarricense de Fiscales.

APUNTES*

• José María Lidón: antes que juez, un ser humano

Los titulares han subrayado la condición profesional de la última víctima de ETA (producida cuando estas páginas estaban ya en prensa). Es comprensible, tanto por el factor novedad como porque con este hecho abyecto se hacía realidad un temor larga y fundamentalmente sentido, desde que se supo que los componentes de la magistratura vasca *eran objetivo*.

Incluso entre la gente sensible, hay quienes luego del primer sobresalto por la noticia de una muerte por mano terrorista, experimentan cierto alivio cuando comprueban que se trataba de alguien connotado por un *factor de riesgo*. Es como la confirmación tranquilizadora de que la cosa iría preferentemente con otros.

La calidad de magistrado de José María Lidón, como muchas otras veces la de concejal, o de agente policial, habrá producido seguramente también ese efecto. Es una forma de reaccionar que constituye una suerte de inaceptable *pacto* con la terrible realidad, de cuyo paisaje cotidiano forman parte estas cosas y algunos discursos no menos horribles. Pero es, sobre todo, algo que expresa una indudable crisis de sensibilidad, la pérdida lamentable de esa perspectiva esencial que exige ver en cada asesinato, pura y simplemente, a una persona. Al portador de una dignidad exclusiva e irrepetible, que tenía el más elemental de los derechos a ser el único y libre protagonista de su propia experiencia vital, troncada, así, de la manera más odiosa.

• Contra un fundamentalismo... ¿otro?

A raíz del monstruoso atentado múltiple del día 11 de septiembre, un autor (Ridao) llamaba la atención acerca del peligro de una lectura *historicista* de la situación. La idea, muy difundida, de que ese hecho bestial marcaba un hito en el tiempo, un antes y un después, la apertura de una nueva era, conduciría a polarizar la atención y la reflexión sobre la (única) forma propuesta para afrontar los nuevos riesgos, haciendo total abstracción de lo sustancial de los antecedentes con auténtica virtualidad explicativa, cuya consideración podría orientar una respuesta racional. No cabe duda de que tal dinámica de simplificación resulta en este caso extraordinariamente facilitada por las dimensiones y las inéditas particularidades de la masacre. De lo distinto a lo que marca un cambio de época puede haber menos que un paso para el acrítico, masivo y desolado consumidor de información.

Bush prometió enseguida nada menos que "Justicia infinita", poniendo de manifiesto una curiosa "simetría entre la agresión y la respuesta" (Ramóneda), y un singular préstamo recíproco de la retórica con Bin Laden (Arundhati Roy). Ciertamente pronto se cambiaría el nombre de la operación reactiva por otro de pretensiones más modestas, aunque no menos surrealista: "Libertad duradera". Pero el nombre tan sólo, no *la cosa*, con lo que ni siquiera sería necesario pedir ayuda a Freud para interpretar semejante acto fallido, en pleno "sueño de la razón".

"¿Por qué nos odian?", preguntaba el propio Bush ante su ciudadanía sobresaltada. Para responderse: "Odiar nuestras libertades, nuestra libertad religiosa, nuestra libertad de expresión, nuestra libertad de voto y de reunión, nuestra libertad de no estar de acuerdo con otros".

Pero no es cierto, lo que realmente ha contribuido a desatar el odio que pilotó las aeronaves asesinas no son las "cuatro libertades de Roosevelt", sino el uso generoso y dilatado en el tiempo de la "quinta libertad", la denunciada por Chomsky: "la de saquear y explotar", el diseño geopolítico norteamericano consistente en "preservar la quinta libertad por cualquier medio", incluido el recurso a diversas formas —claro que no artesanales— de terror, que, es cierto, suelen *venderse* a la opinión bajo otros nombres. ¡Cuántas "venas abiertas" a todo fluir, y no sólo en América Latina!

De forma bien distinta a su presidente, un conocido exponente de una no menos conocida y autorizada ONG estadounidense, respondía a similar interrogante diciendo: "en la mayor parte del mundo sólo saben del pueblo americano por sus bombas".

Bin Laden se ha hecho oír reclamando legitimidad para su causa demencial. Y es lo cierto que no tiene ninguna: no existe fin capaz de justificar medios semejantes. Pero, como nos han recordado (Sami Naif, Martín Muñoz), el fanático homicida "ha puesto el dedo en la llaga de los conflictos y tragedias humanas (...) de la acumulación histórica de sufrimiento y humillación", consecuencias de una política exterior desalmada, que tiene la mejor expresión de su verdadero jaez en la trágica paradoja de un Bin Laden (y quizá un antrax) de formación *made in USA*.

En el tiempo que se avecina será preciso estar muy atentos. Por una parte, frente a las tácticas oportunistas de simplificación de la complejidad del problema y oscurecimiento de las razones profundas de un conflicto que no ha nacido un 11 de septiembre de 2001 y cuyas causas seguirán alimentándose. También frente a una peligrosísima deriva a lomos de cierta ideología de la seguridad, que tiene en la actual situación el caldo de cultivo ideal y que contará seguramente con un apoyo masivo en la opinión conmocionada.

* Sección a cargo de P. Andrés Ibáñez, A. Jorge Barreiro y J. Fernández Entralgo.

Lo han difundido igualmente las agencias, aunque con menos relieve tipográfico: "Bush propone liberar a los servicios secretos de 'sus ataduras'". "La CIA puede volver a recuperar su 'licencia para matar'". Y, en este caso, no se trata sólo de los Estados Unidos, también entre nosotros, con menos efectismo en la semántica, se sugiere que los tiempos no están para sutilezas garantistas, que el problema es de *eficacia*, y que, por ello, no cabe más pauta en la previsión y modulación de los medios que la que marca la capacidad de insidia del nuevo enemigo casi global.

Ni la experiencia —por más que distinta— es radicalmente nueva, como tampoco lo es el peligroso discurso. Sería bueno no perder de vista lo mucho que, aprendido siempre tarde y con dolor, se sabe de la espinosa materia.

• Retribuciones y productividad

Parece ser que, una vez más, está ya casi a punto de aprobarse el incremento de las retribuciones de los jueces con arreglo a una nueva normativa en la que todo indica que se va a hacer especial hincapié en el número de resoluciones dictadas. Según informan los expertos introducidos en las conversaciones *retribucionistas*, el rendimiento cuantitativo o índice de productividad va a ocupar un lugar relevante en el nuevo orden salarial-jornalero. Cual si de una vendimia se tratara, el que más racimos aporte percibirá un salario más elevado al contribuir en mayor medida al volumen de la cosecha.

Tal criterio de atribución salarial sólo cabe calificarlo de alarmante, disfuncional y poco coherente con la naturaleza de la labor jurisdiccional, pues pretende operar dentro de un ámbito en el que están en juego todos los derechos fundamentales del ciudadano con criterios propios de una plantación hortofrutícola.

Con esto se quiere decir que las pautas meramente cuantitativas no se llevan bien con un trabajo como el judicial, que se centra de manera muy directa en sopesar y razonar sobre las conductas y los bienes personales y patrimoniales de los ciudadanos, por lo que los parámetros cualitativos y valorativos han de tender a primar sobre los baremos meramente aritméticos a la hora de examinar la labor de quien juzga.

En efecto, no parece cohonestable con la función jurisdiccional primar con incentivos salariales el mayor número de sentencias dictadas, toda vez que la implantación de criterios o pautas productivistas en ese ámbito no hace más que promover el estudio superficial de los casos y las resoluciones automatizadas y carentes del contenido argumental específico que reclama cada procedimiento.

Resulta incuestionable que al incentivar al juez con una mayor retribución por el número de sentencias dictadas se le está induciendo a que dicte más resoluciones en el mismo número de horas y que, por tanto, su estudio sea más superficial y la redacción y calidad de las resoluciones muy inferior.

Frente a ello no cabe contraargumentar que los

incentivos van encauzados a que los jueces dediquen más horas a sentenciar y por lo tanto a que, sin sufrir la calidad, se incremente la cantidad. Tal argumentación no es asumible, puesto que el Consejo General del Poder Judicial ya tiene asignados unos módulos notablemente elevados y ajustados a las exigencias horarias, de forma que sobrepasarlos al alza implica necesariamente devaluar la calidad de las resoluciones. Y es que parece poco cuestionable que con los módulos actualmente en vigor no resulta fácil mantenerse totalmente al día en la lectura de la jurisprudencia constitucional y de casación, ni fundamentar las resoluciones de cierta complejidad con la ayuda de alguna monografía o de artículos de revistas propios de la materia que se juzga.

Así las cosas, primar la cantidad sólo puede abocar a consecuencias sumamente perjudiciales para la resolución de las pretensiones concretas que plantea el ciudadano ante los tribunales. Pues, en primer lugar, provoca las lecturas diagonales y precipitadas de los asuntos que se resuelven. Genera asimismo un estudio superficial de las cuestiones jurídicas planteadas. Da lugar a la confección de sentencias informáticas o de ordenador, en las que siempre se dilucidan con igual contenido procedimientos sobre una misma materia, y en las que al justiciable le cuesta no poco esfuerzo encontrar dónde se resuelve realmente *su asunto*, una vez perdido en la lectura de párrafos generalistas y de abstracciones aplicables a cualquier procedimiento relativo al mismo tema. Y, por último, promueve la resolución prioritaria y selectiva de los procedimientos más sencillos y que precisan menos tiempo de estudio, en perjuicio de otros posiblemente más urgentes para el ciudadano pero que impiden cubrir el número de resoluciones necesarias para alcanzar el sueldo que representa el incentivo.

En otro orden de cosas, no cabe duda que un sistema de incentivos económicos asentado en la productividad supone implantar un modelo de juez burócrata, productor de resoluciones en serie y ajeno a la formación jurídica y humanista que requiere su función. Pues con él se favorece y se prima que el juez se aparte todavía más del entorno social y cultural que le rodea, como si su labor fuera asimilable a la del tópico funcionario con manguitos, dedicado confeccionar expedientes en las dependencias de "la oficina siniestra".

La filosofía del incentivo cuantitativo supone, pues, convencer al juez para que en lugar de dedicar ocho horas diarias a su labor, dedique doce a estar entre los papeles y a dictar en ese tiempo un mayor número de resoluciones con el fin de obtener una remuneración más sustanciosa. Implica, en suma, motivar al juez para que no emplee el escaso tiempo libre en su formación cultural y en el contacto con la realidad social, que debe ser su principal fuente de interpretación de la norma. Se encauza, por el contrario, el tiempo de su formación hacia la resolución de más procedimientos con unas miras meramente economicistas y productivistas, muy ajenas desde luego a las exigencias de un modelo de juez sensible y enraizado en su entorno

El CGPJ debiera, por tanto, exigir la implantación de unas premisas mucho más razonables y coherentes con el sistema judicial. Premisas que han de estar asentadas en unos módulos serios y rigurosos que debieran ser cumplidos, cuantitativa y cualitativamente, por todos los jueces en los distintos ámbitos jurisdiccionales. De forma que, de no ser alcanzados sin justificación, operaran de inmediato los órganos de control con las medidas disciplinarias ajustadas y pertinentes, evitando así el atraso y el colapso de algunos órganos jurisdiccionales.

Una vez cumplimentados los módulos establecidos, carece de sentido incentivar al juez para que bata marcas cuantitativas con objetivos retributivos, que para lo único que sirven es para desnaturalizar la función jurisdiccional y distorsionar la calidad y el nivel de estudio de las resoluciones, tendiéndose con ello hacia un modelo de juez que se aparta de las pautas que marcan las normas constitucionales.

• El 'lanzamiento' del fiscal Bartolomé Vargas

A estas alturas, el caso es casi anécdota. Lo realmente relevante es que un miembro de la Fiscalía del Tribunal Supremo, por el hecho de mantener razonadamente una postura en el marco de sus atribuciones, apoyada, además, masivamente por los componentes de su sección, ha sido sustituido, e incluso *desahuciado* de su puesto de trabajo.

Cierto es que entre ambos momentos media un acuerdo de la Junta de Fiscales de Sala discrepando del criterio del fiscal del caso, pero también lo es que en ella, incomprensiblemente, éste —el que más tenía que decir— no gozó de la oportunidad de ser escuchado sobre su punto de vista. Lo que sugiere que no era tanto cuestión de debatir sobre el tratamiento más correcto del asunto, como de hacer que prevaleciera en él la *línea de mando*.

El modo de operar no puede dejar de sorprender, cuando lo requerido era sólo formar criterio en derecho. Para lo que no existe medio más acreditado que el debate en un clima de racionalidad discursiva.

Pues bien, en lugar de transitar con equilibrio esa vía dialógica, se ha optado por la exclusión —incluso física— del discrepante, con desplazamiento incluido. Y no sólo, puesto que una vez producido el cambio de sección, que llevaba consigo la separación del caso, se ha dictado un decreto abundando en ésta. Decreto que, por cierto, no cita un solo precepto legal. Nada extraño, visto lo atípico de la decisión.

• La tiranía de los jueces

El flamante Premio Nobel de la paz y un tiempo jefe de la diplomacia americana está últimamente de lo más solicitado en los tribunales. Quieren oírle en causas abiertas en Chile, en Argentina y en Francia; y todo coincidiendo con la revelación de inquietantes noticias sobre su papel en relación con las dictaduras de los dos países del Cono Sur.

En uso de lo que suele ser una cláusula de estilo en los sujetos de su nivel con expectativas de ban-

quillo o simplemente de incómoda testifical, ha arremetido inmediatamente contra los jueces. Más concretamente, contra "la tiranía de los jueces". Pero —¡ojo!— la de los que investigan dictaduras odiosas y crímenes masivos, no la de los que cómodamente inscritos en ellas se limitaron a dar continuidad a la guerra sucia por otros medios; aquéllas y éstos con el beneplácito y la financiación de la metrópoli por excelencia.

Y como de lo que se trata es de evitar tiranías, pues para eso están los *marines*, que, llegado el caso, podrían ser lanzados contra el futuro Tribunal Penal Internacional, para rescatar al responsable de un eventual genocidio cometido bajo la enseña de las barras y estrellas. Todo, según un proyecto de ley alentado por el presidente Bush. Que, cabe suponer, en un evento de esa índole, no tendría inconveniente en compartir la operación con Sadam Hussein, por la misma razón que los países que ambos representan votaron juntos y en curiosa armonía contra la aprobación del Estatuto de Roma.

• 'Il cavaliere, la civilización occidental, los tribunales

Berlusconi, cuando todavía están en el aire los ecos de su peculiar manera de entender el orden público, escenificada a gran formato y con efectos especiales, muy especiales, en Génova, vuelve a ser noticia. En la onda de las reacciones provocadas por la terrible masacre del 11 de septiembre, el jefe del gobierno italiano se despachó con una afirmación en la que no brillaba precisamente la *finezza*: "La civilización occidental es superior al islam".

Tras de la que se le vino encima, pidió disculpas a sus amigos árabes y musulmanes y trató de justificarse aduciendo que alguna de sus frases, previamente descontextualizada, había sido objeto de una mala interpretación. Pero la verdad es que la frase de marras, en su rotunda estolidez, resultaría inmune a la influencia de cualquier contexto. Por otra parte, si es cierto que tiene un significado inmediato y manifiesto, el que todo el mundo ha entendido, también lo es que a éste subyace otro latente.

En efecto, cuando Berlusconi habla de civilización occidental no está pensando en lo que habitualmente se entiende como tal. Eso a Berlusconi *le resbala*, *il suo cuore* y sus verdaderos intereses están en otra parte y tienen bien poco que ver con las aportaciones de Dante o de Cervantes. Civilización occidental en Berlusconi, traducido al actual *román paladino*, solo quiere decir *cultura del pelotazo*.

En la reacción del *cavaliere* hubo más: se declaró víctima de "un tribunal supremo de corrección ideológica", poniendo de relieve dos cosas. Una es que también en el ámbito del juicio de la opinión pública se considera *aforado*, de ahí que tenga que ser supremo el tribunal que le enjuicie. La otra, que soporta igual de mal la fiscalización informal de la ciudadanía que la formal de la jurisdicción. Por eso, quienes le someten a proceso son siempre *comu-*

nistas (incluso ahora, que ya no hay) y los que le critican es que conspiran insidiosamente contra él.

Por lo demás, como hombre precavido, para *resolver* sus problemas con la justicia, valiéndose de la mayoría parlamentaria, ha puesto ya a punto algún instrumento legal con incidencia inmediata en procesos en curso, asegurándose la impunidad. No ha hecho más que empezar.

- **¿De reformas o de revolución?**

El director del Programe de Reformes de l'Administració de Justicia, de Cataluña, ha hecho llegar a los magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de

esa comunidad un oficio, en el que, con vistas a la constitución de un fondo de garantía de pensiones por ruptura matrimonial, se solicita datos sobre "las unions estables de parella i d'aliments". Su lectura ha producido el natural asombro. Y perplejidad: puesto que tal clase de asuntos, al menos hasta hoy, no es objeto de tratamiento por esa instancia, ¿será, quizá, la incidencia de ese tipo de vicisitudes en los propios magistrados lo que se quiere conocer?

De todas formas, entre los destinatarios del texto hay quien va más allá y piensa que lo que en realidad podría estar en preparación es una reforma del régimen de competencias en materia de familia. Pero no les cuadra, porque, entonces —dicen— el Programa tendría que rotularse "de revolución" y no "de reformas".

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN A:

Jueces para la Democracia. Información y debate.

Nombre y apellidos: _____

Dirección: _____

Población: _____ C.P. _____

Provincia: _____ País _____

Suscripción por un año (3 números) a partir del número _____

Importe: España: 3.000 ptas. Europa: 4.000 ptas. Resto: 5.000 ptas

Forma de pago. Reembolso. Domiciliación bancaria. Talón nominativo a nombre de EDISA

Domiciliación bancaria

.....de.....de 1998

Muy señores míos: les ruego que con cargo a mi cuenta n.º.....atiendan hasta nuevo aviso del pago de los recibos que en concepto de importe de la suscripción anual de *Jueces para la democracia. Información y Debate* les presentará EDISA al cobro a nombre de

Firma

BANCO	OFICINA	D.C.	N.º CUENTA CORRIENTE

Banco/ C. de Ahorros

Dirección.....

Remitir a *EDISA*, c/ Torrelaguna, 60. 28043 MADRID
