
PUBLICACIÓN DEL
CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA



VENTANA JURÍDICA

Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación
Inicial y Continua de Operadores Jurídicos
(AECI - CNJ)

No. 5

REPÚBLICA DE EL SALVADOR
Año III - Vol. 1
Enero - junio 2005

PLENO DEL CONSEJO

Presidenta

Licda. Silvia Lizette Kuri de Mendoza

Consejales Propietarios

Dra. Mirna Ruth Castaneda de Alvarez

Dr. Jaime Benjamín Trabanino Lobell

Dr. René Mauricio Castillo Panameño

Dra. María Hortensia Cruz de López

Licda. Marta Alicia Aguirre de Pérez

Lic. José Ricardo Reyes Escoto

ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL

“Dr. Arturo Zeledón Castrillo”

Dr. José Ernesto Criollo - Director

Licda. Berta Díaz Zelaya - Sub-Directora

Proyecto de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos
(AECI - CNJ)

OFICINA TÉCNICA DE COOPERACIÓN DE LA EMBAJADA DE ESPAÑA

Dr. Francisco Sancho López - Coordinador de la Oficina Técnica de Cooperación

Dra. Beatriz González - Directora del Proyecto de Capacitación

Unidad de Producción Bibliográfica y Documental, CNJ - ECJ

Jefe de la Unidad: Licda. Karen de Sermeño

Diseño: Licda. Patricia Martínez

Diagramación: Erika Ortiz

Los artículos publicados son de la exclusiva responsabilidad de sus autores

CONTENIDO

1. Introducción a la ciencia del Derecho Penal y a la teoría del delito.....1
Lic. Martín Alexander Martínez Osorio
 2. Identidad y parto anónimo.....41
Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci
 3. El Derecho Procesal y sus actuales desafíos.....67
Santiago Garderes Gasparri
 4. El juez etico: el juez constitucional.....81
Dr. Eduardo de Urbano Castrillo
 5. Admisibilidad del recurso de casación penal en El Salvador:
estado actual de la cuestión.....117
Alexánder Rodríguez
 6. Guía práctica sobre la función investigadora del fiscal.....145
Félix Fumero Pugliessi
 7. Guía para entrevistas de imputados y testigos en procesos penales.....163
Víctor A. Meléndez Lugo
 8. La responsabilidad del Estado y de sus agentes por conductas omisivas
que violan el derecho fundamental al medio ambiente sano173
Lic. Juan José Castro Galdámez
-

1. Introducción a la ciencia del Derecho Penal y a la Teoría del Delito

*Martín Alexander Martínez Osorio***

A Suzanne y Rodrigo, los extraño tanto.

El jurista se ve situado en un desierto de dudas y de diversidad de opiniones, dentro del cual tiene que tantear, lentamente, el camino hacia delante y tiene que mirar cuidadosamente a su alrededor para poder encontrar el camino correcto.

Karl Engisch.

Sumario

I. Consideración preliminar: la misión de la ciencia del Derecho Penal. II. Aspectos científicos y metodológicos del razonamiento dogmático-penal III. La teoría del delito como desarrollo de la dogmática penal. IV. El desarrollo evolutivo de la ciencia penal: A) El naturalismo. B) La reformulación neokantiana. C) El finalismo. D) El sistema racional-final o teleológico. E) El funcionalismo sistémico. V. Bibliografía.

I. Consideración preliminar: la misión de la ciencia del Derecho Penal.

No existe -según mi parecer- una forma mas precisa de describir el estado actual de la ciencia del Derecho Penal en una primera aproximación, que la expresada por SHÜNEMANN al referirse a sus construcciones sistemáticas: «le resultan al profano aunque sea culto, a menudo extrañas; al estudiante ininteligibles, y al práctico, superfluas»¹.

La consideración de tan distinguido autor, en referencia al complejo panorama alemán –pese a ser uno de los mayores

* Nota de Edición: se ha conservado la sangría mayor que tienen ciertos párrafos por repetición expresa del autor.

** Capacitador de la Escuela de Capacitación Judicial "Dr. Arturo Zeledón Castrillo" y profesor de Derecho Penal. Estudios especializados en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca.

1. Confr. SHÜNEMANN, Introducción al razonamiento sistemático al Derecho Penal [cit. Introducción], El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales, P. 31.

productos de exportación como reconoce- resulta ser una advertencia extensible para cualquiera de nosotros que tenga la intención de conocer y dominar la imbricada red de conceptos y relaciones lógicas que componen el moderno sistema del Derecho Penal. La tarea en algunos casos, requiere de un doble esfuerzo si además contamos con un déficit de desarrollo nuestro pensamiento jurídico nacional y en particular, cuando escasean los estudios sobre el uso del *ius puniendi* y sus desbordes.

Pero al reflexionar más allá de ese escéptico diagnóstico, que se basa en una realidad diferente a la nuestra y que se caracteriza por una evolución alta del nivel de especulación y filigrana de los conceptos legales, producto de la enorme suficiencia teórica mostrada por décadas por las diferentes escuelas penales germanas, no debe olvidarse que la dogmática jurídico-penal responde a un sentido práctico: *la búsqueda de un método ordenado y correcto de comprensión de la ley penal que permita resolver casos al operador jurídico con un alto grado de seguridad jurídica y justicia*².

Si las proposiciones de entendimiento de las normas o sobre los diversos contenidos de las categorías dogmáticas básicas de la ciencia penal se explican a partir de consideraciones ontologicistas, normativas o aún sociológicas, no desvirtúan la certera afirmación que la Ciencia del Derecho –y en particular del Derecho Penal– *busca dar respuesta continua al incierto sentido de la ley para resolver situaciones sociales de gran intensidad como es la realización de un delito*³.

Es posible que la dificultad de «aprendizaje» de la dogmática penal, pueda explicarse conforme a la íntima relación que nuestra disciplina ha tenido con las corrientes filosóficas en general y aquellas que han incidido en el ámbito de la filosofía del Derecho⁴, lo cual es fácilmente comprobable, debido a que la mayor parte de los profesores alemanes precursores de la disciplina han ostentado además de la cátedra de ciencias penales, la de filosofía del Derecho; tradición vigente desde Gustav RADBRUCH y que han compartido

2. Retomando las palabras de HASSEMER, la tarea de los juristas es decidir sobre «casos» que no son más que sucesos o acontecimientos reales, sometidos a calificación jurídica en la que los preceptos legales son aplicados a casos y los casos son resueltos mediante normas legales, *Fundamentos de Derecho penal*, P. 15

3. Según lo establece CUERDA RIEZU, la dogmática penal, al ofrecer diversas posibilidades de explicación, garantiza una mayor seguridad jurídica y facilita el trabajo del Defensor, del Fiscal, del Juez y del funcionario de instituciones penitenciarias, pues: *¿Cómo defender, acusar, juzgar e incluso aplicar la pena, sin un material bibliográfico que explique e interprete las normas penales?*, *El legislador y el Derecho penal*, P. 62 y ss. Referido al contexto nacional, el profesor argentino Alberto BINDER sostiene que la dogmática penal puede llegar a ser un instrumento de enorme utilidad porque se trata una disciplina eminentemente práctica, *La aplicación de la dogmática penal en el trabajo cotidiano de los defensores*. *Revista de Ciencias Jurídicas*, Enero, 1992.

4. Véase al respecto, HASSEMER, *Derecho penal y filosofía del Derecho en la Republica Federal de Alemania*, Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho, 2^a, semestre, 1990.

juristas como Karl ENGISCH, Edmund MEZGER, Arthur KAUFMANN, Hans WELZEL, Armin KAUFMANN y actualmente Günther JAKOBS. Esto nos lleva a concluir que detrás de una nueva concepción dogmática o su reformulación se encuentra generalmente una formulación filosófica como su basamento.

II. Aspectos científicos y metodológicos del razonamiento dogmático-penal.

El Derecho penal moderno nace a partir del iluminismo francés, el cual retoma a la persona como centro de imputación. Es así que autores como BENTHAM en Inglaterra, MONTESQUIEU y VOLTAIRE en Francia, HOMMEL y FEUERBACH en Alemania, BECCARIA, FILANGIERI y PAGANO en Italia, desarrollaron a partir de los principios básicos de la filosofía de la ilustración un sistema de Derecho penal que puede denominarse de «garantías», el cual consistió en legitimar el uso del poder siempre que su ejercicio estuviera regido por una variedad de principios como fueron los primigenios de legalidad y culpabilidad entre otros. Al respecto, FIANDACA/MUSCO nos recuerdan que la premisa común de las primeras construcciones teóricas era una acentuada preocupación por racionalizar el sistema penal, además de utilizarlo como un instrumento útil para la prevención del delito y que pudiera evitar la excesiva discrecionalidad judicial, que en última instancia terminaba en un ensañamiento al condenado⁵. Como puede observarse al reformulado derecho de castigar se le otorgaban una diversidad de funciones, que en muchos casos pudieran parecer aparentemente contrapuestas.

Un planteamiento descatado es el de Frank von LISZT quien en su obra: «*La idea del fin en el Derecho Penal*», establece el papel central de la pena como uno de los mecanismos principales para el combate del crimen, pues sirve de «corrección» al delincuente capaz y necesitado de repreensión, «intimida» a los que no necesitan de la corrección, y «neutraliza» (inocua) a quienes no son susceptibles de enmienda. Es así que la máxima sanción estatal es definible como el secuestro del delincuente, que puede ser transitorio o permanente de acuerdo a su tipología y, que resulta ser una artificial selección del individuo socialmente inepto, idea sintetizada en la no muy feliz fórmula: «la naturaleza echa a la cama a aquel que atenta contra ella; el Estado lo envía a la cárcel»⁶. Sin embargo, la imposición de la misma debía encontrarse sujeta a un riguroso modelo de enjuiciamiento regido por los aportes de la ciencia del Derecho Penal que no permitieran que su imposición resultara injusta. Es así, que el Derecho Penal constituye la «*Magna Charta*»

5. Confr. Giovanni FIANDACA/Enzo MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, Zanichelli, P. XVI-XXIV.

6. Confr. LISZT, *La idea del fin en el Derecho penal*, P. 83 y ss.

del delincuente, y el infranqueable límite de la Política Criminal («*unünbersteigbare Schranke der Kriminalpolitik*»). A partir de LISZT, el Derecho Penal como la Política Criminal aparecen como dos disciplinas independientes aunque complementarias, un divorcio de más de medio siglo hasta su integración por Claus ROXIN en el año de 1970 con su monografía «Política Criminal y sistema de Derecho Penal»⁷.

Luego de un incesante avance evolutivo experimentado por el Derecho Penal conforme a un nuevo paradigma antropológico, a finales del siglo XX la disciplina fue nuevamente objeto de discusión en la medida de si era posible considerarla un conocimiento verdaderamente científico, es decir una ciencia al igual que la química, la biología o la física. En realidad, si entendemos por ciencia a una actividad humana determinada no sólo por la existencia de un objeto de estudio específico, sino además por un método que permita soluciones altamente satisfactorias en orden a una explicación racional de los fenómenos que constituyen su razón de ser, no se aprecia problema alguno en la consideración del Derecho en general y del Derecho Penal como disciplinas científicas de las normas, pero en la coyuntura histórica en que la discusión tuvo lugar, fue objeto de duras controversias. En primer lugar se adujo, el carácter mutable y ahistórico de su objeto de estudio: la ley y en segundo lugar en su clara distinción de las ciencias empíricas tanto en el objeto como en el método.

Las primeras objeciones parten del discurso que en 1847 brindó el célebre fiscal Prusiano Julius von KIRSCHMANN, el cual denominó: «*La Jurisprudencia no es ciencia*». En el mismo aseveró tajantemente que no podía considerarse ciencia a una actividad que tuviera como objeto de estudio algo tan impreciso y mutable como es el derecho positivo, sentenciando su tesis con la famosa expresión de que «tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura»⁸.

KIRSCHMANN además, puso en relieve el carácter estacionario de la jurisprudencia en comparación con las ciencias físicas en orden al progreso social, en razón del aporte que éstas últimas habían desarrollado en la medicina o en el desarrollo tecnológico.

7. LISZT afirmaba: «Cuanto más se abandonen a la casuística la legislación y la ciencia, tanto más insegura e incoherente será la Administración de Justicia. Sólo el conocimiento sistemático garantiza un pleno dominio sobre la materia», citado por SERRANO-PIEDRACASAS FERNANDEZ, Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal, P. 121.

8. Conf. KIRSCHMANN, La jurisprudencia no es ciencia, Madrid, 1983; Un exhaustivo análisis crítico de su tesis: SORIANO, La jurisprudencia no es ciencia, Actualidad: Revista Jurídica, Año 1, San Salvador, 1996. De igual forma: MUÑOZ CONDE, Introducción al Derecho Penal [cit. Introducción], Barcelona, 1978, P. 104 y ss.

Sin embargo, las objeciones presentadas por el funcionario berlinés no pueden ser consideradas aisladamente de su contexto histórico, más bien son sintomáticas de la preponderancia que el «*positivismo científico*» y su método experimental tenía en la época y cuya aplicación era reconocida como el único medio para la comprensión correcta de los fenómenos físicos, es así que, los fenómenos que no pudieran ser percibidos por los sentidos, en ningún momento podrían ser considerados como un digno objeto científico, más bien, eran pura metafísica; argumentación que se llevaba de encuentro a la historia y por supuesto, al Derecho⁹.

Ante tal encrucijada que obligaba a los orgullosos juristas a brindar una respuesta, aparece una primera postulación que propugna la cientificidad del Derecho Penal en el estudio del sujeto delincuente como objeto de la disciplina a través de la confluencia de diversas materias como la biología, la antropología y la psiquiatría entre otras, reduciendo el problema a la descripción y tratamiento de meras patologías humanas con relevancia criminal. Esta primera respuesta caracterizada por un «grosero» trasplante del método científico para la explicación del fenómeno social del delito, se denominó el «*Positivismo Criminológico*» y permitió posteriormente el desarrollo de la *Criminología*.

La mejor expositora de esta opción ha sido sin duda la escuela positiva italiana de FERRI, GAROFALO, LOMBROSO y, que se caracterizó por aplicar sin discusión alguna el método experimental propio de las ciencias naturales, llegando a postular que el crimen no es en esencia un «*ente jurídico*», como creía la «escuela clásica» -término de claro desprecio que atribuía FERRI a CARRARA y sus contemporáneos- sino una cuestión que atendía a causas naturales¹⁰.

Conforme a ello, se despreocuparon por el entendimiento de las normas legales vigentes, y se dedicaron de lleno al estudio del «*l'uomo delinquente*». Sin duda sobresale dentro sus aportaciones la puesta en duda del libre albedrío como fundamento de la responsabilidad penal por no ser posible su verificación, siendo más bien una creencia de fe, y por ello no es sostenible que la pena responda a retribuir esa libre decisión; lo correcto, es sustituir el concepto de culpabilidad basado en el indeterminismo, por el de «*peligrosidad*», que sí resulta perceptible y cuantificable; así que dependiendo del grado de proclividad al delito de una persona, así

9. Según POPPER en dicha época sólo podían considerarse «como científicos (legítimos) aquellos conceptos surgidos de la experiencia, es decir, que pudieran ser reconducidos lógicamente a conceptos empíricos elementales (sensaciones, impresiones, percepciones, recuerdos de vivencias)»: citado por BACIGALUPO, Delito y Punibilidad, P. 19.

10. En Alemania su mayor expositor fue LISZT en los trabajos posteriores a su Tratado de Derecho Penal de 1881.

será la respuesta que el Estado debe imponer, la cual iba desde la asistencia psiquiátrica hasta su inocuización del medio social (eliminación).

Resultan indiscutibles las aportaciones que la Escuela Positiva ha brindado, como es el inicio de la Criminología como una ciencia inter-disciplinaria referente al estudio de la prevención y control del delito, la implementación de las medidas de seguridad como el medio más adecuado para el tratamiento de los inimputables o la teoría de los sustitutivos penales. Sin embargo, su contribución se ve ensombrecida por el grado de atraso que sufrió la dogmática —en particular la italiana— respecto al estudio de las normas penales. De nada servía todo el bagaje conceptual realizado si no era posible entender cuándo nos encontramos ante un delito y cuándo no, o qué vamos a considerar como tal. En este sentido, valga de ejemplo la definición de GARÓFALO sobre el delito: «es la lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad), según la medida media en que se encuentra en las razas humanas superiores, cuya media es necesaria para la adaptación del individuo en la sociedad ¹¹». Qué utilidad tiene esta definición si no ayuda a precisar según el sentido de la ley cuándo comienza la tentativa o cuándo estamos en presencia de una autoría directa o mediata. Podría pensarse que es exigirle en demasía a la definición, debido a que es eminentemente sociológica, lo cual resulta cierto, pero constituye una ineludible exigencia para los juristas crear un concepto «jurídico» del delito, que permita al Juez la interpretación y aplicación correcta de las normas penales. Esto último fue rectificado hasta 1910 con Arturo ROCCO y su orientación técnico jurídica¹².

En forma diversa a los postulados de la sociología criminal italiana, surge en Alemania una forma distinta de encarar el problema de la legitimidad científica del Derecho Penal, prefiriendo estudiar a la norma jurídica como su exclusivo objeto de estudio, investigando los conceptos jurídicos generales como hechos inmutables no sujetos a los cambios legislativos, que según la corriente positivista en boga debían servir de base a la actividad científica¹³. De ello se deriva la denominación de «dogmática» que significa la norma como punto

11. Citado por LUZÓN CUESTA, Compendio de Derecho Penal, PG, P. 60.

12. Era tal la indignación de ROCCO que en su célebre trabajo acerca del carácter científico del Derecho Penal sostuvo: «...sometidos el derecho y la ciencia del derecho penal a la antropología, aún más, anulados en nombre de una falsa antropología, o ahogados por otra parte en el mar inmenso de la sociología, la escuela positiva tuvo, no obstante algunos méritos innegables, el resultado de acumular a su alrededor un montón de ruinas jurídicas, sin haber hecho nada por sacar de entre ellas el nuevo edificio, ni diré legislativo, sino al menos científico, del derecho penal, que había manifestado querer construir, y cuya edificación todos esperaban. Destruyendo, pues, sin reconstruir, tal escuela ha terminado por limitarse a la tarea más sencilla que es la de criticar y negar, y ha legado el último análisis a un derecho penal...sin derecho!». Confr. El problema y el método de la ciencia del Derecho Penal, P. 6. (Las cursivas son del autor).

13. BACIGALUPO, Delito y Punibilidad, P. 19.

de partida para la actividad del intérprete jurídico.

El objetivo de esta corriente teórica -apunta MUÑOZ CONDE- era el desarrollo del derecho positivo hasta conseguir un sistema lógico cerrado de conceptos en los que un concepto general y supremo es el del Derecho, el cual debía recoger a todos los demás¹⁴. Este nuevo paradigma se denominó «*Positivismo Jurídico*», y resaltan como sus forjadores Paul Anselm von FEUERBACH -considerado por más de algún autor como el «fundador de la ciencia moderna del Derecho punitivo»¹⁵ - con su: «*Tratado del Derecho Penal Común vigente en Alemania*»¹⁶ que se constituyó uno de los primeros estudios asentados en el derecho positivo y Karl BINDING, escritor de otra obra fundamental: «*Las normas y su transgresión*» («*Die Normen und ihre Übertretung*»)¹⁷. Ambos trabajos constituyeron el punto inicial de la ciencia del Derecho Penal, mejor conocida como «dogmática penal».

Los esbozos metodológicos del positivismo jurídico parten de la irrestricta observancia de una premisa que es básica: «*la ley penal es la única fuente del Derecho Penal*»¹⁸: Conforme a ella, el jurista debe comenzar por «recolectar el material», que son las normas jurídicas que componen su objeto y que se encuentran en el Derecho vigente. Una vez reunido el material, el dogmático penal debe deducir sus conceptos de las normas jurídicas; en otras palabras, realizar un análisis exacto de las proposiciones jurídicas y de los conceptos que en ellas se conectan como sujeto y predicado¹⁹. A través de la inferencia de lo general a lo particular resulta posible lograr el desarrollo de una proposición jurídica a partir del conjunto de las restantes.

Este proceso concluye con el descubrimiento de una proposición jurídica ya existente, pero no incluida directa y expresamente en la ley. Al lograr lo anterior, continúa la elaboración de un sistema teórico, pues «sólo el orden sistemático se eleva constantemente por el camino de la abstracción desde los conceptos más especiales a los más generales». Es así que a partir del hurto, del asesinato, del incendio, etc., se desarrolla el concepto de delito. Y esa tarea de ordenación sistemática no descansa hasta alcanzar los conceptos más altos y únicos de cada disciplina jurídica, los

14. *Ibidem*.

15. Cfr. MEZGER, Tratado de Derecho Penal [cit. Tratado], T. I, P. 55.

16. Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. Existe traducción al castellano realizada por Raúl ZAFFARONI e Irma HAGEMEIÉR., Edit. Hammurabi, Buenos Aires.

17. MEZGER afirmó que éste prestigioso doctrinario fundamentó «...su total vida científica en el amor respetuoso al Derecho Positivo». Tratado, citado, P. 72.

18. Sigo las puntualizaciones de LISZT que se encuentran en sus Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, las cuales han sido traducidas y comentadas por BACIGALUPO, Delito y Punibilidad, P. 20 y ss.; e igualmente por ZUGALDÍA, Fundamentos de Derecho Penal, Granada, P. 186.

19. *Ibidem*.

conceptos más comprensivos²⁰».

La metodología propuesta por LISZT se mantiene hasta nuestros días, como lo demuestra Hans WELZEL al inicio de su influyente obra *«Derecho Pena alemán»*: «Misión de la ciencia penal es desarrollar y explicar el contenido de estas reglas jurídicas (las normas penales) en su conexión interna, es decir, “sistemáticamente”²¹». Coincide igualmente JESCHECK: «el núcleo de la Ciencia del Derecho Penal es la dogmática jurídico penal que, partiendo de la Ley penal que constituye su fundamento y límite, elabora el contenido conceptual y la estructura de las proposiciones jurídicas; ordena el material jurídico en un sistema en el que también tienen cabida las sentencias de los Tribunales y las opiniones de la ciencia e intenta hallar nuevos caminos de elaboración conceptual y de sistemática²²».

Empero, no es tan cierto que la ley como dogma, determine una cierta hipótesis de explicación y de igual manera ciertas soluciones. Al contrario, existen determinados condicionamientos del intérprete en su lectura que inciden a la hora de la elaboración teórica y cuya única barrera consiste en no traspasar el sentido literal posible de la disposición legal.

De ahí que durante la vigencia de un mismo texto legal se hayan dado distintas teorías para fundamentar otras tantas interpretaciones del mismo, por ejemplo, nuestro Código Penal puede ser interpretado conforme al sistema causal o en base al sistema final o aún a la sistemática funcionalista. Todo depende de la decisión personal del intérprete y no del sentido de la norma aun cuando se incline en determinadas situaciones por una de ellas como acontece en el Art. 28 inciso segundo, respecto a la regulación del error de prohibición con una solución propia de los finalistas. Ello lleva a la conclusión –ceteramente establecida por BACIGALUPO- de que la labor dogmática requiere decisiones y toma de posiciones del intérprete que no tienen cabida dentro del concepto de ciencia jurídico-penal tradicional²³.

En resumen, el punto de partida de la especulación científica de la dogmática jurídico-penal es el derecho positivo y de forma más precisa la norma penal²⁴. Posterior al proceso interpretativo realizado por la jurisprudencia, resulta necesario «ordenar el conocimiento», con base a un método deductivo-axiomático, que permita sintetizar los conceptos gnoseológicos fundamentales,

20. *Ibidem*.

21. WELZEL, Derecho Penal, P. 1.

22. JESCHECK, Tratado de Derecho Penal [cit. Tratado], T. I, P. 58.

23. BACIGALUPO, Delito y punibilidad, P. 29.

24. MORILLAS CUEVA, Curso, P. 63.

determinar su contenido con un alto grado de precisión y ponerlos en relación con los demás. Así se establecen las categorías conceptuales que componen la noción jurídica del delito: acción o comportamiento, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad como categorías comprendidas dentro de un primer nivel de abstracción.

Es importante resaltar, que los resultados derivados de la metodología dogmática, no devienen necesariamente condicionados por la observancia del *datum legis* como punto de partida del científico del Derecho, sino del grado de libertad en los puntos iniciales de las cadenas argumentales que considere el intérprete como correctos para la explicación de los distintos conceptos legales, como pueden ser el entendimiento de la naturaleza material de la norma penal como norma de valoración o determinación, la teoría sobre la función de la pena que se considere correcta o la función del mismo Derecho Penal en las diferentes formas de Estado, etc.

Estos diversos puntos de vista explican la creación de las distintas tendencias doctrinarias que se han desarrollado desde finales del siglo XIX hasta en la actualidad y que son -a grandes rasgos (y con el pecado de excesiva generalización)-²⁵: el naturalismo, el neokantismo, el finalismo y el funcionalismo, en sus dos tendencias: el sistema racional-final o teleológico y el funcionalismo sistémico.

Todas ellas serán desarrolladas más adelante en sus puntos esenciales, pero antes resulta conveniente precisar la relación entre la dogmática jurídico penal y la teoría del delito.

III. La teoría del delito como desarrollo de la dogmática penal.

Dejando claro que la dogmática jurídico-penal como ciencia cuyo objeto de estudio se centra en la voluntad del legislador que trasluce en cada una de las leyes de contenido punitivo, resulta de obligada importancia describir esa elaboración teórico-práctica denominada «*Teoría Jurídica del Delito*» o «*Teoría General del Delito*».

Para BUSTOS/HORMAZABAL, la teoría del delito constituye en una «propuesta metodológica», un modelo de análisis, que sirve para establecer si la realización de un hecho concreto acarrea una responsabilidad penal para sus autores²⁶. Por nuestra podemos afirmar que es un sistema de explicación de los presupuestos generales de lo que la ley penal denomina delito o más técnicamente «hecho punible», cuya construcción se basa en una abstracción de

25. SHÜNEMANN, Introducción, P. 43.

26. Juan BUSTOS/Hernán HORMAZABÁL, Lecciones de Derecho Penal, Vol. I, P. 127.

los elementos comunes de cada tipo de la parte especial y que son ordenados en categorías operativas que a la vez conforman niveles de conocimiento.

Cada uno de los diversos niveles (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad), representan una determinada faceta de análisis judicial que al darse por comprobada permite pasar a la siguiente de forma sucesiva. Una vez comprobados todos los elementos, podemos afirmar con un alto grado de seguridad que el hecho enjuiciado es un delito y su autor, responsable, mereciendo la imposición de la pena.

El origen y posterior desarrollo de la teoría del delito parte de que la codificación fuera un fenómeno asentado en la época moderna y se hiciera evidente la búsqueda de aquellos conceptos generales o similares a fin de ordenarlos en base a un denominador común para efectos de su interpretación, esto es, crear categorías y ordenarlas en un sistema de conocimientos²⁷.

Comenzó en primer lugar con la distinción entre parte general y especial, posteriormente con la sistematización en base a la noción de bien jurídico, y sucesivamente se siguió con la idea de que el delito tenía que consistir en una acción humana (BERNER y LUDEN). Se postuló su carácter antijurídico, predicado proveniente del derecho civil merced de los trabajos de Rudolf von IHERING: el delito era una acción antijurídica por ser contraria al ordenamiento jurídico en general. Posteriormente a través de los trabajos de Adolf MERKEL se introdujo el estudio del sujeto culpable. Con todo ello se había establecido un doble sistema de análisis que superaba al realizado anteriormente por Samuel PUFENDORF quien distinguió una imputación referente al hecho y una imputación al autor (imputatio iuris e imputatio facti).

El sistema tal como se conoce en la realidad, aparece por primera debidamente ordenado en el Tratado de Frank von LISZT, siendo agregada a la misma la categoría denominada «tipicidad», obra del ilustre jurista alemán Ernst von BELING, siendo definido el delito como el acto típico, contrario al derecho, culpable, sancionado con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de penalidad²⁸.

En estricta observancia del método dogmático, el segundo nivel de especulación teórica posterior a la definición jurídica del delito como una acción, típica, antijurídica y culpable, consistió en

27. Consideración unánime, por todos: ZUGALDÍA ESPINAR, Fundamentos de Derecho Penal [cit. Fundamentos], P. 184.

28. Confr. Die Lehre von Verbrechen [cit. Die Lehre], Tübingen, 1906, P. 7.

determinar el contenido de cada una de las mencionadas categorías y en qué casos resultan excluidas. Es aquí donde aparecen las distintas divergencias entre las escuelas penales para explicar de una forma coherente y racional esos diferentes niveles.

El ejemplo más patético lo constituye el hace años importante término de « acción », del cual no sólo era necesario precisar su contenido a fin de afirmar cuándo estamos es presencia de una acción relevante para el derecho penal y cuándo no, cómo resulta en los casos de actos reflejos, estados de inconsciencia o fuerza física absoluta, sino también si constituía el elemento en común de la omisión, o si era necesario establecer una categoría todavía más abstracta denominada « comportamiento », que albergara conjuntamente a la omisión. Como puede observarse, luego de la formación de la categoría era necesario adentrarse en su análisis para determinar su consistencia a fin que ello pudiera ayudar a la resolución de las diversas situaciones donde habría que precisar que conductas humanas son relevantes para el enjuiciamiento penal. El naturalismo causalista sostuvo que la esencia de la categoría era la acción humana voluntaria que causaba una modificación del mundo exterior, definición que podía sin ningún problema excluir aquellas situaciones no voluntarias como las arriba descritas, pero que tropezaba con la explicación de la omisión pues en ningún momento resultaba ser una modificación en el mundo exterior, al contrario, era sencillamente el dejar correr un determinado curso causal por el omitente. De igual forma la doctrina finalista tuvo el mismo problema. En la actualidad se entiende que la acción humana relevante para el Derecho penal es aquella que resulta evitable. Siendo la « evitabilidad » el criterio unificador tanto de la acción como la omisión²⁹.

La importancia básica de la construcción de un sistema de análisis del delito, radica sencillamente en que la mayor parte de los problemas que acaecen en la praxis judicial pueden ser ordenados y solucionados dentro de los contenidos del sistema, por ejemplo, los referidos a las capacidades psíquicas del sujeto como la obnubilación total o parcial de razonamiento habrían de ser ubicados en el análisis del sujeto responsable, es decir en la culpabilidad. Las situaciones de hacer valer el derecho excepcional de defensa

29. JAKOBS, El concepto jurídico penal de acción, en Estudios de Derecho Penal [Cit. Estudios], Civitas, Madrid, p. 111 y ss.

o de cumplimiento del deber han de tratarse en el análisis referido del carácter antijurídico del hecho.

Sin embargo, más allá de su alcance práctico, la teoría del hecho punible cumple una serie de funciones tan importantes como son:

∅ Función mediadora. Proporciona seguridad jurídica al momento de la interpretación de la norma penal por parte del operador judicial³⁰, a través de la creación de una serie de teorías que tienen como tarea concretar en proposiciones menos abstractas que las contenidas en la ley ciertas reglas de conducta, permitiendo en el momento de la aplicación de la ley, el juez disponga de reglas más concretas y cercanas al caso específico que se juzga que las establecidas en la ley³¹.

∅ Función limitadora. Delimita claramente el ámbito de lo punible de lo que no lo es, garantizándose plenamente tanto la seguridad jurídica como su lógico corolario, la libertad de los ciudadanos.

∅ Función de legitimación. En la medida que se amplían a través del Derecho Penal las zonas de libertad, pero a la vez se repriman aquellas acciones que el sentimiento general expresado en boca del legislador ha tipificado, se cumple la función de confirmación de una serie de valores socialmente aceptados que constituyen *minimum ético* que se requiere para la convivencia humana.

Esta última función de legitimizar el uso del poder penal por parte del Estado es uno de los temas que encienden en la actualidad la polémica, entre otras razones, por el déficit real que presenta debido a su mala utilización para la defensa de intereses minoritarios o de grupos de poder hegemónico, pero también por el enraizamiento con que opera respecto a los sectores más vulnerables del sistema social. Ello ha conllevado al surgimiento de diversas opciones teórico-políticas que abogan por su eliminación sin más, debido a su inutilidad manifiesta, como lo ha propuesto el movimiento abolicionista. Esta es una realidad a la que el penalista no puede cerrar sus ojos ni ocultar hipócritamente, pero eso no significa que la utilización del Derecho Penal es útil para lograr la disminución de la violencia social y para asegurar

30. WELZEL, Derecho Penal Alemán [cit. Derecho Penal], P. 1.

31. ESSER, citado por BACIGALUPO, Delito y Punibilidad, P. 17.

mínimamente las condiciones de igualdad de oportunidades de realización de todos dentro de una esfera de libertad que el Estado mismo está obligado a brindar según las pautas constitucionales. En consecuencia, la legitimidad del uso del Derecho Penal debe venir por su actividad de prevención de los delitos y de no permitir las penas privadas, arbitrarias o desproporcionadas³²; con su utilización se debe buscar la minimización de la violencia en la sociedad y que ésta sea aplicable a los casos en que resulte necesario para asegurar la convivencia. Para este fin, únicamente contamos en la actualidad con la utilización de éste tosco medio, pues hasta este momento no existe todavía algo mejor que él, como algún día lo vislumbró RADBRUCH, ni la propuesta abolicionista presenta esa mejor opción. La pena seguirá siendo «una amarga necesidad entre seres imperfectos como son los hombres » como dijeron los redactores del Proyecto Alternativo Alemán, y por tanto también el uso Derecho Penal es otra «amarga necesidad para racionalizar la imposición de la pena», solo que cuenta la posibilidad de ser más humano de acuerdo a la realización de aquellos valores que dentro de un determinado contexto social se consideren relevantes. Es aquí, donde se encuentra el quid de la cuestión: la ineludible referencia a valores. La legitimación no sólo ha de partir de su necesidad sino además de su concordancia con valores, que no pueden ser cualesquiera (la pureza de la sangre, el sano sentimiento del pueblo o los proclamados por las campañas de ley y orden), sino sólo aquellos que la sociedad ha consensuado como de general aceptación y se enmarquen en el respeto íntegro de la persona en toda su plenitud -idea fundamental de un Estado Democrático de Derecho- y que han sido formulados tanto en la Constitución salvadoreña como en la normativa internacional de los Derechos Humanos³³, esto garantiza una doble legitimación tanto por su necesidad como por su adecuación a ellas^{34 35}.

32. FERRAJOLI, El Derecho Penal Mínimo .Poder y Control, Edit. PPU, Barcelona.

33. VILLAVICENZIO, El Derecho Penal de los Derechos Humanos. En: Actualidad. 1997. P. 1 y ss.

34. En esto radica a mi parecer el entendimiento de aquella máxima planteada por WELZEL (Derecho Penal, P. 3-5) de que la misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia ético-social, si y sólo si, estos son referidos a las condiciones mínimas de realización personal que el ordenamiento constitucional e internacional de los Derechos Humanos ha positivizado y que aparecen como bienes merecedores de protección penal. En ese sentido retomo lo escrito por MORILLAS CUEVAS, que las normas penales se presentan como una muralla que defiende valores colectivos fundamentales donde «ambos,

IV. El desarrollo evolutivo de la ciencia penal.

A) El naturalismo.

Como hemos señalado anteriormente, a finales del siglo XIX -1870 en adelante- adquieren preponderancia las ideas del positivismo naturalista en el Derecho Penal, a raíz del potente florecimiento y éxito sin igual de las ciencias naturales, lo que despierta el deseo de concebir de la misma forma a las ciencias sociales, conforme a una metodología basada en el «observar» y «describir», sin pretensión valorativa alguna³⁶.

Este método influyó grandemente en las categorías conceptuales de la noción jurídica del delito, sobre todo su consideración primordial: ...el pensamiento de la ley de la causalidad como poder que todo lo domina³⁷. Así el común denominador de las mismas era su manifiesta objetividad, por consiguiente libre de contenido valorativo en su explicación.

La acción era entendida como «una actuación voluntaria trascendente en el mundo exterior, es decir, la causa o no impediendo de un cambio en el mundo exterior» en el decir de LISZT³⁸, importando entonces que esa «inervación muscular» provocadora de un resultado fuera perceptible por los sentidos³⁹, pero a la vez, se encontrara relacionado con un resultado mediando entre ellos un nexo de causalidad⁴⁰.

La omisión quedaba englobada dentro del término genérico de acción, aunque variaba su precisión conceptual, por ejemplo BELING afirmaba su existencia al existir una contención de los nervios motores dominable por la voluntad⁴¹(teoría de la interferencia de la omisión)⁴².

valores fundamentales y norma, son dos premisas inevitables en los contenidos de la definición del Derecho Penal», Curso de Derecho Penal Español [cit. Curso]. P.G., P. 46.

35. BARATTA, Principios del Derecho Penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal), Doctrina Penal, 1987, P. 623: «...El concepto de derechos humanos asume, en este caso una doble función. Una función negativa concierne a los límites de la intervención penal. En segundo lugar, una función positiva respecto de la definición del objeto posible; pero no necesario de la tutela por medio del derecho penal». Señala además que el mismo concepto histórico social de los derechos humanos permite incluir como objetos de tutela, aquellos intereses colectivos como la salud pública, la ecología, las condiciones laborales, etc.

36. MEZGER, Tratado, T. I, P. 75.

37. *Ibidem*.

38. LISZT, Tratado, T. II, P. 289.

39. *Ibidem*, P. 288.

40. *Ibidem*, P. 292.

41. BELING, Die Lehre, P. 15.

42. Distinto LISZT, quien pese a afirmar que en la omisión se supone que el resultado producido hubiera sido evitado por el acto, que, a pesar de ser posible para el autor y esperado por nosotros, fue omitido por éste, dándose una situación análoga a la causalidad, aunque no es causalidad misma, negó totalmente la

En sede de la tipicidad, la teoría de la equivalencia de las condiciones creada por Julius GLASER y puesta en escena por von BURI adquiere notoria importancia en la medida que la subsunción al tipo del hecho quedaba reducida a la mera causación de la lesión de un bien jurídico⁴³, por ende, se trataba de una categoría carente de valor y más bien descriptiva de dichos procesos de causación. En dicho sentido se expresaba BELING: «El tipo abarca el conjunto de características externas del delito, contenidas en la respectiva disposición legal. El tipo constituye pues una figura objetiva, entendiéndose por objetivo todo aquello que puede ser apreciado sin necesidad de recurrir a una contemplación de la esfera anímica del autor. La relación interna entre autor y hecho tipificado pertenece a la culpabilidad⁴⁴».

La influencia de la teoría de la causación determinó la creación de la teoría subjetiva en el ámbito de la teoría de la participación cuya tesis central se basaba en que siendo difícil determinar objetivamente la importancia de la aportación de los diferentes intervinientes en el hecho delictivo, pues todas sus contribuciones son causales del resultado, era necesario hacer el distingo en el ámbito subjetivo, en el ánimo⁴⁵.

La antijuridicidad era concebida como la contrariedad a la norma jurídica, se trataba ante todo de un concepto eminentemente formal y objetivo que desaparecía a medida que existiera una causa de justificación.

En la culpabilidad se analizaba un segundo nexo causal de carácter psicológico entre el contenido de la voluntad y resultado causado por el sujeto, siendo el dolo y la imprudencia formas de culpabilidad. Es interesante hacer notar el contenido del dolo, compuesto tanto del conocimiento y voluntad de la realización típica como también de la conciencia de la antijuridicidad, lo cual era relevante a efectos del error, así un error en algunos de esos elementos es considerado un error de tipo, el cual si era invencible acarrearba la impunidad, de ser vencible venía en consideración el castigo por imprudencia (*teoría estricta del dolo*). Por otra parte, la imprudencia siguió anclada al dogma causal cuya sombra no permitió un desarrollo hasta años después con ENGISCH.

En realidad, el sistema era sencillo y facilitaba de gran manera su operatividad práctica en base a la comprobación del duplo de

causalidad de la omisión pues esta radica al igual que en la vida ordinaria cuando tenemos un fundamento para esperar un acto posible de la persona: ...sólo cuando un deber jurídico obligaba a impedir el resultado, puede equipararse el hecho de no impedirlo al hecho de causarlo, Tratado, P. 304.

43. SHÜNEMANN, Introducción, P. 45.

44. BELING, Die Lehre, P. 178.

45. Un análisis pormenorizado en: ROXIN, Autoría y dominio del hecho, P. 21-24.

relaciones causales: la física como la psíquica. Sin embargo, se mostró desde el principio insuficiente respecto a su capacidad de explicación a sinnúmero de cuestiones dogmáticas. De ahí su declive, el cual empezó con la impotencia de explicar la naturaleza de la omisión la cual no puede consistir en la simple contención de los nervios motores por parte del sujeto activo, sino que en la mayor parte de ocasiones se realizan verdaderas acciones físicas, por ejemplo, el chofer que huye del lugar del accidente realiza la acción física de desplazarse y nadie en su sano juicio podría discutir la aplicación del delito de omisión de socorro.

Esto deja a entrever la verdadera naturaleza normativa de la omisión y esto únicamente puede ser comprendido desde una perspectiva valorativa y no ontológica. Por otra parte al reducir la categoría del tipo a la comprobación de meras causaciones de resultados impidió -como señala acertadamente SHÜNEMANN- la entrada a las discrepancias de valoración establecidas en una pluralidad de situaciones de conflicto y de asimilarlas a través de una completa diferenciación conceptual⁴⁶.

En éste sentido el entendimiento de la naturaleza primordialmente objetiva imposibilitaba la apreciación de determinados elementos subjetivos que eran necesarios para la caracterización de determinados tipos (ánimo de lucro, animus difamandi, etc.). El mismo problema tuvo tanto el naturalismo como su versión reformulada neokantiana respecto al el dolo en la tentativa, explicado según la siguiente incongruencia sistemática: si el hecho era consumado pasaba a formar parte de la culpabilidad, pero en el delito tentado era necesario apreciar la tendencia subjetiva para definirla siquiera como injusto, de ahí que se hiciera famoso aquel argumento de WELZEL⁴⁷: ¿Cómo podría depender de que el disparo dé o no en el blanco, el que el dolo sea un elemento de lo injusto o de la culpabilidad? En efecto, el contenido de la tentativa no es posible constatarlo de un modo puramente objetivo, se requiere siempre atender a la decisión subjetiva del autor, al dolo.

B) La reformulación neokantiana.

La pobreza del contenido teórico derivada de la falacia *naturalista* consistente en que del ser podían encontrarse las directrices del deber ser, da lugar a una nueva tendencia que se conecta en primer lugar, con la búsqueda de un nuevo concepto de ciencia que permitiese calificar de científicas las disciplinas relativas a la conducta humana en especial, la del derecho. Aquí se destacan

46. SHÜNEMANN, Introducción, P. 44.

47. WELZEL, Derecho Penal, P. 73.

el historicismo de DILTHEY respecto al objeto, así como los aportes de las Escuelas de Marburgo y Sudoccidental alemana en cuanto al método.

En consonancia a ello, se da una superación de un positivismo unilateral, en el reconocimiento de que los conceptos jurídico-penales nunca pueden recibir de la ley su contenido determinante.

Específicamente al ámbito que nos interesa, RIKKERT señaló la «referencia a valores» como el elemento que distingue a las ciencias culturales de las naturales, a lo que LASK añadió que el concepto de Derecho siempre está «teñido teleológicamente». Ambas aportaciones tuvieron una particular relevancia en el método de la dogmática penal, en el sentido que la misión del jurista penal no consiste en «observar» y «describir», sino en «valorar» y «comprender» los comportamientos humanos que resultan regulados por las normas.

La indiscutible referencia axiológica dio lugar a una elaboración teleológica de conceptos que condujo a una progresiva renormativización de las categorías dogmáticas como sucedió con la omisión por ejemplo, la cual para su entendimiento habría que desprenderse de la acción como movimiento corporal susceptible de modificación de la realidad externa, pues la omisión era todo lo contrario, era la negación de la acción (RADBRUCH), y por tanto no podía quedar englobada en ese supraconcepto, sino en una noción más amplia y adecuada denominada «comportamiento» o «conducta» que comprendiera ambas formas de realización personal relevantes a efectos penales.

En la tipicidad donde la noción de bien jurídico había adquirido un importante papel en la interpretación del tipo penal, MEZGER y HEGLER, se encargaron de demostrar la existencia de los elementos subjetivos de lo injusto, aunque su carácter era únicamente excepcional⁴⁸. Por otra parte, se lograron singulares precisiones entre las causas de justificación y las de inculpabilidad, en particular referencia respecto al estado de necesidad justificante y exculpante, tanto como a las situaciones de inexigibilidad.

En la culpabilidad se sustituye el nexo psicológico por la idea de reprochabilidad de la mano de los trabajos de Reinhard FRANK, James GOLDSCHMIDT y Berthol FREUDENTHAL donde la exigibilidad de una conducta distinta es el núcleo esencial de la culpabilidad con lo que se le dota de carácter eminentemente

48. MEZGER, *Modernas orientaciones de la Dogmática Jurídico Penal* [cit. *Modernas orientaciones*], Valencia, 2000, P. 36 y ss.

valorativo a dicha categoría, no obstante, se entremezclan con el dolo y la culpa como componentes psicológicos.

La influencia del neokantismo vislumbra un profundo cambio de paradigma, pero al no poder desembarazarse del dogma causal -del cual únicamente fue un complemento- determinó una contradicción sistemática indisoluble pues vulnera su propio punto de partida metódico: la independencia de las categorías de las ciencias naturales y espirituales⁴⁹.

C) El finalismo.

A partir de las insuficiencias dogmáticas del neokantismo y dentro un período sumamente difícil de la historia europea (décadas de 1930 y 1940) surge una nueva tendencia teórica cuya base epistemológica descansa en concepciones derivadas de la fenomenología y de la psicología del pensamiento. Se trata de la escuela finalista o de la «doctrina de la acción final» cuyo fundador fue Hans WELZEL, quien se destacó como profesor de la Universidad de Bonn⁵⁰.

Su sistema dogmático parte de la existencia de estructuras de conocimiento de carácter ontológico, es decir, previas a la valoración constitutiva de las normas jurídicas las cuales deben ser observadas por el legislador si es que desean lograr determinados objetivos y no caer en una reglamentación inadecuada y contradictoria⁵¹. Esas «*estructuras lógico-objetivas*», a las que el ordenamiento jurídico determina, valora y vincula consecuencias jurídicas, no pueden ser modificadas al ser recogidas en los tipos y constituyen la base de toda valoración jurídica.

Conforme a dicha idea, en el Derecho no se trata de crear un objeto sino un aprehender algo que existe previa e independientemente de todo conocimiento⁵². Por ello, la ciencia penal en su metodología «tiene que partir siempre, sin duda del tipo pero tiene que trascender luego del tipo y descender a la esfera ontológica, previamente dada, para comprender el contenido de las definiciones y para comprender también correctamente las valoraciones jurídicas⁵³». De esta forma, WELZEL logra equilibrar

49. MIR PUIG, Introducción, P. 244.

50. De acuerdo al CEREZO MIR, la formulación del concepto finalista de la acción tuvo lugar dentro del marco de la crítica de la influencia del naturalismo en la Ciencia del Derecho Penal, perceptible en el concepto causal de la acción, así como en la crítica de la filosofía jurídica neokantiana, con su tajante separación entre el ser y el deber ser, la realidad y el valor. Véase al respecto su artículo: El finalismo hoy, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XLVI, Fascículo I, P. 5 y ss.

51. WELZEL, El nuevo sistema del Derecho Penal [cit. El nuevo sistema], P. 14; KAUFMANN, Teoría de las normas: Fundamentos de la dogmática penal moderna [Teoría de las normas], Buenos Aires, 1977, P. IX.

52. WELZEL, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht [Naturalismus], 1935, P. 74.

53. WELZEL, El nuevo sistema, P. 14.

adecuadamente las relaciones entre el ser y el valor con el fin poder deducir de la naturaleza de las cosas, el contenido de la regulación jurídica justa, es decir, el deber ser del Derecho⁵⁴.

Dentro de dichas estructuras lógico objetivas, dos de ellas conforman la clave de bóveda para la construcción del sistema de la teoría del delito: *la acción tendiente a una finalidad* y *la reprochabilidad* como posibilidad de poder haber actuado de un modo conforme a derecho, ésta última basada en la esencia del hombre como ser responsable caracterizado por la capacidad de autodeterminación final con arreglo a sentido (*Anders-Handeln-Können*)⁵⁵.

Para WELZEL el objeto de normación jurídica únicamente podían ser las acciones humanas encaminadas a un fin y no los acontecimientos causales de la naturaleza resultantes de una constelación de causas existentes en cada momento. Por el contrario, la actividad final es una actividad dirigida por el ser humano gracias a la capacidad de poder prever y orientar su actuación conforme a un plan y a la consecución de un fin. Este proceso se desarrolla conforme a la anticipación mental del fin, la selección de los medios para su consecución y la consideración de los efectos concomitantes que pueden surgir, luego de ello se ejecuta la resolución en el mundo exterior⁵⁶.

Esto lo ilustra con los siguientes ejemplos: La enfermera que sin sospecha alguna pone una inyección de morfina demasiado fuerte, de consecuencias mortales, realiza, sin duda, una acción final de inyectar, pero no una acción final de matar. El que para ejercitarse, dispara contra un árbol, detrás del que se encuentra una persona -al que no ve- y mata a ese hombre, hace sin duda, un disparo final de entrenamiento, pero no realiza una acción final

54. CERZO MIR, La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica, en: Problemas fundamentales del Derecho penal, 1982, P. 39-40. Siguiendo a ZIELINSKI, Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito [Disvalor de acción], 1990, P. 58 y ss: «...el punto de partida filosófico del sistema de la acción final contiene un doble aspecto: a) al conocimiento humano y a la valoración jurídica le están dadas previamente una realidad que existe y que existe de cierta manera, cuyos objetos sólo así, y de ningún otro modo, pueden ser el contenido y el punto de conexión de la regulación jurídica; b) los objetos previamente dados de tal manera no existen por sí mismos en un ámbito libre de valor, sino que están siempre ya en el interior de ese ámbito en una relación de significación como totalidades humanas y sociales, que no es aportado recién desde afuera -por ejemplo-, por la ley». Esto era totalmente distinto al esquema neokantiano el cual sostenía que el conocimiento de los objetos como materia amorfa tomaba sentido a partir de aplicación de las categorías a priori de la razón humana.

55. WELZEL, Introducción a la Filosofía del Derecho, P. 252 y ss.: «El reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social si este no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto que Derecho». Sobre ambos puntos: MIR, Introducción, P. 249.

56. WELZEL, Derecho Penal, P. 39 y ss; El nuevo sistema, P. 25 y ss.

de matar. En ambos caso deduce que ambas muertes han sido producidas de un modo causal ciego y en consecuencia, son irrelevantes para el enjuiciamiento penal.

La actividad final en consecuencia debe ser tenida en cuenta por las prohibiciones y mandatos del ordenamiento jurídico, sencillamente porque éste no puede dirigirse a procesos causales ciegos, sino a acciones que pueden configurar finalmente el futuro, convirtiéndose en un fenómeno pleno de sentido, ético-socialmente relevante⁵⁷. Este es el objeto del juicio de valor contenido en la norma: mandar o prohibir una conducta final⁵⁸. De ello extrajo las siguientes conclusiones:

El contenido del injusto penal - es decir: la acción típica y antijurídica- desde una perspectiva material no es únicamente la mera causación de resultados disvaliosos o desvalorados socialmente (desvalor de resultado), sino que es además, la ejecución de una acción socialmente desvalorada que el autor ha decidido emprender (desvalor de acción). Por ello, se trata de un «injusto personal» en la medida que puede ser referido como una obra con sentido de una persona concreta y no un mero hecho de la naturaleza⁵⁹.

Por ello la tipicidad debe referirse a acciones cuya voluntad de realización vaya dirigida a producir una situación o proceso socialmente no deseado (delitos dolosos de comisión) u omisiones de aquellas acciones exigibles para evitarlos (delitos dolosos de omisión) o a realizar una actividad sin observancia del cuidado necesario que el caso se exige (delitos imprudentes). En consecuencia, el dolo y la imprudencia resultan ser formas de tipicidad y no de culpabilidad. La consecuencia sumamente práctica de lo anterior es que la determinación del aspecto subjetivo es imprescindible en el análisis judicial, pues permite con precisión seleccionar el tipo a aplicar.

Aparte de la modificación generada a nivel de la acción y la tipicidad -dividiendo ésta última en una parte objetiva y una subjetiva- la doctrina de la acción finalista supuso un avance enorme en materias tales como la comprensión del delito culposo, la tentativa, las causas de justificación y la autoría.

57. WELZEL, *Naturalismus*, P. 74.

58. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, P. 135-136.

59. WELZEL, *El nuevo sistema*, P. 40 y 67 ss: « La doctrina de la acción finalista, al concebir la acción humana como una obra, puede comprender los dos aspectos de la acción, el del acto y el del resultado (el valor o el desvalor de la acción y el resultado), mientras que la doctrina de la acción causal puede explicar sólo la causación del resultado, pero no la ejecución de la acción.».

En materia del delito culposo o imprudente -dejando de lado por un momento el importante aporte de ENGISCH-, un sector causalista afirmaba que su esencia radica en la mera comprobación causal de resultado sin tomar en cuenta que lo relevante es la acción defectuosa realizada debido a la inobservancia de las normas de cuidado requeridas en el ámbito de la relación. En consecuencia el juicio de tipicidad en estos casos, para los finalistas radica en un juicio de comparación entre la dirección real de la acción por el autor y la exigida por el derecho siendo el resultado un elemento adicional y restrictivo de la penalidad⁶⁰. De igual forma sucede en la tentativa, donde su constatación no puede realizarse únicamente desde un punto de vista puramente objetivo, sin atender a la decisión subjetiva del autor a fin de esclarecer que tipo es el que concurre⁶¹.

Ejemplo: Si alguien hace un disparo a otra persona, el proceso causal realizado puede ser comprendido en el delito de disparo de arma de fuego (147-A CP), tentativa de Homicidio (128 CP) o tentativa de lesiones (142 CP). Por ello, el dolo es el componente subjetivo por excelencia de la tipicidad en el delito imperfecto.

En el ámbito de la antijuridicidad, WELZEL que estableció que las causas de justificación no se componen únicamente de elementos objetivos (agresión ilegítima, situación de necesidad, etc.), sino también se requieren unos de carácter subjetivo, como son el conocimiento por parte del sujeto de los mencionados presupuestos objetivos y tener una tendencia subjetiva especial: *el ánimo de actuar justificadamente*⁶².

Ejemplo: Un médico realiza un aborto en una mujer embarazada que no quiere cargar con un hijo. Posteriormente se determina que de no haberse practicado el mismo, la mujer hubiera muerto meses después⁶³. Para la aplicación de la eximente completa del estado de necesidad, bastaría para los causalistas la comprobación de sus presupuestos objetivos (situación de necesidad, peligro actual o inminente para el bien de mayor o igual valor, etc.). Mientras que para los finalistas no basta únicamente ello, pues se ha de requerir que el médico en el presente caso obre conociendo que está ante una situación de necesidad y que tenga el ánimo de salvar la vida de la madre lo que no acontece en el presente caso.

60. WELZEL, El nuevo sistema, P. 33 y ss.

61. WELZEL, Derecho Penal, P. 48 y 73.

62. WELZEL, Derecho Penal, P. 100.

63. Caso citado por JESCHECK, Tratado, T. I, P. 449.

Por último hay que destacar la gran aportación realizada en materia de autoría y participación con la teoría del dominio del hecho, que supuso una superación de la teoría subjetiva que hasta ese momento se mantenía incólume en la jurisprudencia alemana. Para WELZEL lo que caracteriza al autor del delito es el «señorío» que mantiene sobre la dirección del acontecer causal en dirección al resultado típico, lo que lo distingue del mero partícipe, el que, o bien sólo auxilia el acto dominado finalmente por el autor (complicidad) o lo ha incitado a la decisión (instigador)⁶⁴. En resumidas cuentas, es autor del delito quien ostenta el señorío del hecho conforme una voluntad de realización que le permite dirigir el hecho en forma planificada.

Luego de todo lo visto anteriormente, podemos afirmar que no existió ningún tema de la teoría del delito que no fuera trastocado por el sistema finalista. Y resulta de tanta importancia su influencia que algunas instituciones del Código Penal salvadoreño vigente se han inspirado en él como son la regulación del error (Art. 28), la tentativa (Art. 24) y la autoría (Art. 32 y ss), así como la reciente jurisprudencia de algunos tribunales. Pese a ello no hay que olvidar que como sistema teórico perfectible tuvo límites y dificultades.

Sin duda sus dos objeciones fundamentales fueron: en primer lugar, una de carácter metodológico: la vinculación del legislador con las estructuras lógico-objetivas y que de ello se derivara en mayor o menor grado la comprensión de las diferentes instituciones dogmáticas; segundo, la absolutización del desvalor de acción como único contenido del injusto, desplazando a mera condición objetiva de punibilidad al resultado⁶⁵.

Es acertado pensar que la actividad final es un elemento clave para la función de prevención general que la norma contiene, aunque lo que si resulta discutible es si esto deviene en razón de que el legislador se encuentra atado a la «naturaleza de las cosas» o si ello es en razón de la función social y del carácter valorativo del Derecho Penal. En éste sentido, ROXIN afirmó que los conceptos superiores del sistema -como la acción- deben tener una naturaleza específicamente penal y vinculada a la ley, si es que se desea que tengan una significación práctica, pues si no la tienen no son una cuestión decisiva para la ciencia.

El finalismo, en vez de vincular el concepto de acción a la ley, quiere vincular al legislador a que regule acciones humanas según

64. WELZEL, Derecho Penal, P. 120.

65. Podemos agregar una tercera objeción que resulta demasiado extensa para tratarse en la presente introducción, pero que es procedente hacerla constar, y es la vinculada al severo tratamiento del error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación como errores de prohibición -teoría estricta de la culpabilidad-, cuya vencibilidad podía lograr simplemente una disminución de la pena.

su concepto prejurídico, olvidando que lo que es final y lo que no lo es, depende exclusivamente de las finalidades del orden jurídico⁶⁶. En éste orden de ideas, el legislador es libre a la hora de elegir qué aspectos relevantes de la conducta ha de tomar en cuenta, pues - como dijera MEZGER- puede considerarse como antijurídica una conducta humana en referencia a un resultado externo y prohibir una conducta causal para un resultado o bien puede colocar como fundamento la voluntad del autor y conminar con una pena una conducta dirigida a un resultado⁶⁷.

Pero las anteriores objeciones podían ser dejadas de lado si se demostraba que la sujeción a las estructuras del ser, era una sólida base que pudiera abarcar las diferentes formas de conducta humana que regulara el Derecho penal. Era una prueba acerca de su capacidad de rendimiento que no pudo superar.

En el sistema finalista, la acción es entendida como un ejercicio de actividad final lo cual explica con creces al delito doloso y podría afirmarse con seguridad que es el que mejor lo explica; sin embargo, no sucede lo mismo con el delito imprudente, donde WELZEL tuvo muchos problemas de explicación que eran observables en cada una de las ediciones de su obra⁶⁸. En primer lugar sostuvo que era una acción final defectuosa, para posteriormente sostener que era una forma completamente independiente de la acción dolosa, caracterizable por existir una «causación evitable mediante el ejercicio de la actividad final», increpándole RODRIGUEZ MUÑOZ cómo podía derivar la imprudencia del dolo y por otra parte, que finalidad real y la finalidad posible son dos cosas distintas, la primera sí ontológica, pero la segunda evidentemente normativa, ubicable en el plano del deber ser y que implica ya el juicio de culpabilidad⁶⁹. En una tercera toma de postura afirmó que los tipos de los delitos culposos comprenden aquellas acciones que, respecto a sus consecuencias causales, no presentan la medida mínima de dirección final exigida jurídicamente. Lo cual denota que lo relevante es entonces la causalidad. Con ello y en palabras del Ex-profesor de la Universidad de Valencia se estaba demostrando su incapacidad para comprender la esencia de los delitos culposos, donde lo que en realidad interesa está fuera de la acción. En efecto, siguiendo a ROXIN y un ahora mayoritario sector de la doctrina, lo relevante en estos delitos es la trasgresión a la norma de cuidado, la finalidad

66. ROXIN, Contribución a la teoría crítica de la final de la acción, en Problemas básicos del Derecho Penal, Madrid, P. 93.

67. MEZGER, Modemas orientaciones, Valencia, 1999,P.7.

68. Contribuyó grandemente con sus incisivas argumentaciones específicamente en éste punto: RODRIGUEZ MUÑOZ, La doctrina de la acción finalista, Anales de la Universidad de Valencia, T. XXVII, I. En lo que se sigue, se tomará en cuenta la síntesis realizada por CEREZO MIR, El concepto de la acción finalista, En Problemas Fundamentales del Derecho Penal, 1982, P. 16 y ss.

69. CEREZO, *Ibidem*.

es indiferente e incluso puede faltar totalmente⁷⁰. Lo mismo puede predicarse en referencia a la omisión cuya esencia no consiste en la concreta capacidad de acción y la ausencia de realización de ella, sino que se trata de una acción que se debía ejecutar⁷¹. Baste el siguiente ejemplo: Un estudiante se encuentra ante un biblioteca que dispone de 100,000 volúmenes. Al momento que realiza la acción de tomar uno, teniendo una concreta capacidad de acción ha realizado 99, 999 omisiones potencialmente finales pues ha dejado de tomar los demás⁷². Pero lo relevante no son esas 99, 999 omisiones, sino la consistente en haber tomado un libro distinto al que estuviera obligado por diversas razones -el profesor recomendó estudiarlo para un examen, realizar una tarea, etc. Como puede observarse tanto en la vida social y es valedero también para el Derecho Penal, la única omisión relevante es aquella que se ampara en la infracción de una norma de mandato⁷³.

La segunda objeción -que no corresponde al originario esquema de WELZEL- hace referencia a cierto sector de la corriente finalista -encabezado por Armin KAUFMANN- que llevó hasta sus últimas consecuencias la premisa teórica de que el injusto penal se encontraba constituido únicamente por el disvalor de acción. En éste sentido, el más perspicaz de los discípulos directos de WELZEL, sostuvo de igual forma que su maestro que las normas de conducta (mandatos y prohibiciones), tienen por tanto, como objeto, únicamente a acciones, a actos finales. Sólo el accionar realizado mediante acciones finales puede ser exigido o vedado por el Derecho. Las prohibiciones causales no tendrían sentido⁷⁴.

En consecuencia, el resultado y el desvalor de resultado no tienen ninguna función en el ilícito, y, por ende, ninguna relevancia para la culpabilidad, ni en los delitos dolosos, ni en los imprudentes, ni para los delitos de omisión. El resultado, es en todo caso -afirmaba ZIELINSKI-, un criterio de la necesidad de la pena⁷⁵.

70. ROXIN, Contribución, P. 97.

71. GIMBERNAT, Sobre los conceptos de omisión y comportamiento, En Estudios, P. 186 y ss.

72. Para WELZEL, si bien la omisión constituía una infracción a aquellas normas que ordenan efectuar acciones para evitar la producción de resultados socialmente indeseados, puso el acento en su entendimiento como la no producción de la finalidad potencial de un hombre, bastando para su comprobación un juicio objetivo, de si la acción estuvo subordinada al poder de hecho y no si se estaba esperando su ejecución, Derecho Penal, P. 238-239.

73. GIMBERNAT, *Ibidem*.

74. KAUFMANN, Sobre el estado actual de la doctrina del injusto personal, en Nuevo Pensamiento Penal, P. 160-161.

75. Disvalor de acción, P. 2, 144 y ss. Siguen el presente planteamiento además de Zielinski algunos discípulos de directos de KAUFMANN como STRUENÏSE y HORN en Alemania. En América Latina SANCINETTI, Teoría del Delito y Disvalor de Acción, Buenos Aires, 1991. Discrepan de la misma algunos finalistas como STRATENWERTH (Acción y resultado en el Derecho Penal, Buenos Aires, 1991), MAÛRACH/ZIPF, Derecho Penal, Buenos Aires, 1994, § 17.I, P. 271 y ss. y CERERO, Curso de Derecho Penal español. Teoría Jurídica del Delito, T. II, P. 154-158.

Las consecuencias prácticas de tal planteamiento son visibles en una fundamentación subjetiva de la tentativa y de la tipicidad imprudente. Según KAUFMANN, si el autor ha hecho todo lo exigible según su plan, entonces se muestra del modo acabado el injusto penal. El acaecimiento del resultado (*disvalor del hecho*) no permite añadir nada más. De allí se sigue el igual tratamiento del delito consumado y de la tentativa acabada, que exige el fin preventivo de la pena. Por otra parte, la punibilidad no depende además de un baremo objetivo (situación de peligro objetivo para el bien jurídico)⁷⁶, sino el dolo del autor en virtud de mostrar el sujeto una voluntad rebelde al derecho cuya imposición, prescindencia o atenuación de pena puede quedar a la discrecionalidad del tribunal dependiendo de las exigencias preventivas de la sociedad⁷⁷. Respecto al delito culposo su injusto únicamente se fundamenta en el disvalor que conlleva la violación del deber de cuidado pues que el resultado acontezca es algo sujeto al azar, se trata únicamente de una condición objetiva de punibilidad que no se muestra necesaria para la adecuación típica⁷⁸.

El presente «*monismo normativo*» ha sido rechazado unánimemente por la doctrina en general debido a que podría derivar en un *gesinnungstrafrecht* («*derecho penal del ánimo*») -en especial respecto a sancionar la tentativa absolutamente idénea- aun cuando lo nieguen sus mismos postulantes y por otra parte, por sus consecuencias prácticas: penar cualquier acción fallida del autor sin tomar en cuenta el resultado producido y si éste originó una perturbación social, llevaría a la investigación y el castigo de todas las lesiones al cuidado sin consecuencias, sobre exigiendo a los órganos de persecución estatales y apartándolos de tareas más importantes.

Por otra parte, esa punición excesiva llevaría a la penalización de la mayor parte de la población de un modo político-social indeseado, ya que tampoco el ciudadano totalmente integrado puede escapar ocasionalmente al descuido⁷⁹.

D) El sistema racional-final o teleológico.

El debate de la teoría de la acción final con los postulantes del causalismo neokantiano en el ámbito europeo tuvo su mayor

76. Como postula la teoría objetiva desde los tiempos de FEUERBACH, Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, 1989, §42, P. 75 y ss.

77. KAUFMANN sostiene además que aún la tentativa supersticiosa es un injusto culpable pero que la pena en estos casos no cabría por innecesaria pues la prevención carecería de objeto, Sobre el estado actual, P. 169-170.

78. KAUFMANN, *Ibidem*.

79. ROXIN, Política criminal y estructura del delito [cit. Política Criminal y estructura], Barcelona, 1992, P. 49-50.

apogeo en el ámbito de los años 50 y 60 del siglo pasado, etapa considerada en alguna forma «infructuosa» debido al empecinamiento académico en temas como la acción, la posición del dolo y aun el del error, dejando de lado temas como los fines de la pena y el sistema de las consecuencias jurídicas.

El debate entra al ámbito latinoamericano a finales de la década de los 70, luego del abandono del Proyecto de Código Penal Tipo para América Latina de inspiración neokantiana que supuso una visible influencia en el anterior Código Penal salvadoreño de 1973.

El escéptico panorama no significaba que la evolución del Derecho Penal había concluido con el finalismo. En 1970 aparece una obra que vino a revolucionar el estéril y agotado marco que había supuesto la polémica de más de una década, caracterizado por seguir anclado en un pensamiento sistemático y despreciativo de consideraciones de índole criminológicas o político-criminales, ella es «*Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*» de Claus ROXIN, que constituye la base programática para la elaboración de un sistema de Derecho Penal de carácter «abierto» a los problemas y fines sociales y no encerrado en consideraciones eminentemente sistemáticas⁸⁰.

Con dicha obra se inaugura el sistema racional-final o teleológico en el Derecho Penal, que junto al funcionalismo sistémico de Günther JAKOBS constituyen las tendencias más importantes en la actualidad.

La metodología de construcción del nuevo sistema, consiste en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema de Derecho Penal y sistematizando, desarrollando y contemplando las categorías del delito desde ese enfoque⁸¹. Según ROXIN el punto de partida de la ciencia dogmática penal orientada político-criminalmente es la configuración de sus principios superiores, esto es de qué se persigue con la pena y para qué debe servir el Derecho Penal.

El fin de la pena es exclusivamente la prevención tanto general como especial de los delitos. Pero la prevención general no se entiende como intimidatoria o negativa al estilo de FEUERBACH

80. El «moderno sistema de Derecho penal» -según SHÜNEMANN- constituye el marco de elaboración doctrinaria actual de los países con alta evolución dogmática. Autores como HASSEMER, SHÜNEMANN, FRISCH, WOLTER, NAUCKE y OTTO en Alemania, así como MIR PUIG, SILVA SANCHEZ, LUZÓN PEÑA, CORCOY BIDASOLO en España en mayor o menor grado se adscriben a la corriente.

81. ROXIN, *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal* [cit. *Política Criminal y sistema*], Buenos Aires, P. 54.

y su teoría de la coacción psicológica, sino como «positiva» o «integradora», en la medida que la pena en cuanto restaura la paz jurídica devuelve al pueblo confianza, que su seguridad se encuentra salvaguardada y que las normas de convivencia se mantienen firmes ante perturbaciones graves⁸².

El Derecho Penal en cambio tiene como misión la de proteger bienes jurídicos penando su lesión en determinadas condiciones así como asegurar el cumplimiento de las prestaciones públicas de las que depende el individuo en el marco de la asistencia social del estado⁸³. En consecuencia, pena y Derecho Penal se relacionan en la medida que éste último protege aquellas condiciones valiosas socialmente en el marco de una sociedad (bienes jurídicos), a través de la pena cuya imposición reafirma una vez más el respeto hacia el orden social por todos (prevención general positiva) y permite al delincuente insertarse en la sociedad, luego del cumplimiento de la sanción penal, en una vida sin delito. Conforme a ello, diseña las categorías contentivas del concepto del delito de diversa manera.

La tipicidad sirve para la realización de la seguridad jurídica conforme al principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*). Para ello el legislador se sirve de dos métodos de construcción de los tipos: puede poner el acento en la descripción precisa de acciones o, donde no le interesa ello, sancionar conforme a la infracción de las exigencias de conductas derivadas del papel social que el sujeto desempeña. Los primeros son los denominados «delitos de dominio» (*Herrschaftdelikten*) y los segundos los «delitos de infracción del deber» (*Pflichtdelikten*). Los primeros se caracterizan porque el sujeto entra en ámbitos que por imperativo del Derecho debiera dejar de lado, mientras que en el segundo se protege la capacidad de funcionamiento de sectores ya conformados jurídicamente.

Ejemplo: El delito de homicidio (128 CP) constituye una muestra de los primeros, en la medida que se requiere que el sujeto realice la acción descrita en el tipo para ser comprobado el juicio de tipicidad, es decir, que «domine» la acción típica. Distinto es el caso de algunos delitos de funcionarios como la malversación (332 CP), donde lo relevante es el papel de fidelidad e integridad que tiene el funcionario respecto de la correcta gestión de los recursos patrimoniales públicos, no importando a efectos de la realización típica si el sujeto realizó la acción física de llevarlos a su casa, integrar dinero a una cuenta bancaria propia o de tercero, darles

82. ROXIN, Política Criminal y estructura, Barcelona, 1992, P. 46 y ss.

83. Sentido y límites de la pena estatal, en Problemas básicos, P. 21.

un destino diferente, etc., lo que interesa es la infracción de las normas que rigen su actividad. Esto explicaría por qué se pena por éste delito a un funcionario aun cuando otro sujeto distinto resulte beneficiado.

Un aporte esencial de ROXIN en la teoría del tipo lo constituye sin duda la teoría de la imputación objetiva inicialmente creada para resolver los problemas relacionados con los delitos de resultado como el homicidio y las lesiones. De acuerdo a su trabajo titulado “Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal”⁸⁴, no basta únicamente la comprobación del nexo naturalístico entre acción y resultado, sino que se requiere además que exista entre ellos una relación normativa basada en el “principio del riesgo”.

En éste sentido, la importante aportación del Profesor de la Universidad de Munich contribuye a delimitar el papel de la causalidad en el ámbito de la responsabilidad penal, lo cual por mucho tiempo fue objeto de duras controversias y de propuestas como las teorías de la adecuación y de la relevancia típica. Dichas teorías propugnaban solucionar la confusión sobre si la comprobación entre acción típica y resultado debía realizarse en forma exclusivamente naturalista bastando únicamente ello, o si por el contrario dicho juicio debe ser complementado por consideraciones eminentemente normativo-jurídicas.

En realidad, el problema causal tiene una base naturalista. En efecto, se trata de un elemento que el derecho penal no puede obviar, pero su establecimiento sin más, nunca puede decidir la atribución jurídica a su causante. Ello lleva a conclusión que «la cuestión jurídica fundamental no consiste en averiguar si se dan determinadas circunstancias, sino en establecer los criterios conforme a los cuales queremos imputar determinados resultados a una persona⁸⁵».

De esto es que se encarga la teoría de la imputación objetiva, que busca la configuración del nexo objetivo-normativo que ha de existir entre la acción y el resultado para que pueda afirmarse la responsabilidad del sujeto por la lesión del bien jurídico⁸⁶.

El postulado esencial de la teoría es el siguiente: para que el resultado típico producido sea atribuido al autor de la infracción, el

84. ROXIN, Reflexiones sobre la problemática de la imputación [Reflexiones], en Problemas básicos del Derecho Penal, Madrid, 1976, P. 128 y ss.

85. ROXIN, Reflexiones, citado, p. 128 y ss.

86. MARTINEZ ESCAMILLA, La imputación objetiva del resultado. Una primera aproximación. En: Cuadernos de Derecho Judicial, Causalidad e Imputación Objetiva, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994. P. 83 y ss.

resultado debe ser objetivamente imputable a la acción, la cual debe crear un riesgo jurídicamente desaprobado que una norma pretenda evitar.

De forma sintética, la imputación objetiva consta de tres postulados básicos: 1º) el sujeto debe haber creado con su conducta un riesgo jurídico penalmente relevante, es decir, un riesgo que no encuentre cobertura con el ámbito de los riesgos tolerados socialmente; 2º) dicho riesgo ha de traducirse en el resultado material de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, y 3º) que la afectación sea de aquellas que la norma pretende evitar (alcance del tipo penal o el fin de protección de la norma).

El primer postulado, destaca que vivimos en una sociedad de riesgos (p. ej. conducir un vehículo, practicar una operación quirúrgica de alto riesgo por un cirujano, etc.), pero es necesario distinguir entre aquellos que socialmente son permitidos y los que no lo son, por sobrepasar la medida de lo soportable. Estos últimos se denominan riesgos jurídicos desaprobados o no permitidos y su creación o incremento es lo relevante a efectos penales. P. Ej.: cuando alguien conduce su vehículo más allá de la velocidad permitida en la ciudad (50 km/h) o maneja en la noche sin las luces delanteras encendidas, crea un riesgo jurídicamente desaprobado, de igual forma el médico opera a un paciente con instrumentos no esterilizados. La importancia de este postulado es que permite no considerar típicas aquellas acciones que, al contrario de lo anterior, disminuyen el riesgo respecto a los bienes jurídicos (p. ej. A empuja a B al suelo fracturándole el brazo, con el fin que no sea alcanzado por una pedrada que C había tirado a B).

El segundo postulado que hace referencia a que el riesgo debe haberse traducido en el resultado, significa que para que éste pueda ser imputado, debe ser consecuencia del riesgo implícito en la conducta. Por esto se dice que la acción debe tener una posibilidad objetiva de desembocar en resultado.

Esta idea de la «pretensión objetiva» no hace referencia a la intención del sujeto -a si obra con dolo o imprudencia- sino a que su acción refleje una posibilidad de control sobre el curso causal que ella origina, ya que tratándose de una acción humanamente dominable es posible entender la producción del resultado como «dispuesta finalmente»⁸⁷.

87. ROXIN, Reflexiones, ibidem.

Ello no ocurre en el trillado ejemplo de unas pequeñas lesiones en zonas no vitales a una persona, que muere luego como consecuencia de un incendio en el hospital -los denominados cursos causales irregulares-. Es obvio que dicha conducta no puede dar lugar a una muerte o, más técnicamente, no tiene la pretensión objetiva de matar a alguien, de modo que a lo sumo, lo que vendría a consideración sería el delito de lesiones, pero no un homicidio. Distinto es el caso de apuñalar repetidas veces a alguien en zonas vitales, en cuyo caso existe una pretensión objetiva de la acción, que puede conducir a la muerte.

Por último, el alcance del tipo penal o ámbito de protección de la norma establece que solo aquellos resultados que se hallan dentro de las situaciones que la norma pretende evitar son las que darán lugar a su atribución jurídico-penal. Para entender este último, es necesario reconocer que los efectos causados por un comportamiento son variados, algunos de ellos son inmediatos (p. ej. la muerte causada al peatón) y otros son mediatos (p. ej. la madre que al saber la noticia que su hijo ha muerto, le da un ataque nervioso).

De acuerdo al tercer postulado, únicamente serán imputados aquellos resultados que se encuentren enlazados mediante una conexión de inmediatez temporal y que sean de los que la norma infringida pretenden evitar (p. ej. las normas de tránsito intentan evitar resultados lesivos derivados del uso de vehículos automotores, pero no aquellos que no tienen nada que ver con ellos, como en el caso de la madre que muere al saber la noticia del fallecimiento de su hijo en un accidente automovilístico).

La antijuridicidad se caracteriza por introducir en el ordenamiento jurídico la dinámica de los conflictos sociales que versan entre la general vigencia de las normas -necesidad social- y una excepcional situación del individuo -libertad individual-, estableciendo una variedad de principios que sirven para la construcción de autorizaciones para realizar hechos típicos.

Estos principios ordenadores combinados diferentemente, determinan el contenido de cada una de las causas de justificación⁸⁸.

Ejemplo: La legítima defensa está conformada por dos principios rectores: la prevalencia del Derecho y la

88. Para ROXIN, la misión de la teoría de la antijuridicidad es elaborar de modo más completo posible el catálogo de los no muy numerosos principios configuradores sociales y poner en claro su relación, Política Criminal y Sistema, P. 83.

autoprotección del bienes jurídicos⁸⁹. El primero permite la realización de un daño mayor a los bienes del agresor antijurídico que aquel que se pretende evitar. Y con el segundo se establece el carácter eminentemente personal de las excluyentes dejándose fuera la defensa de bienes colectivos o del Estado. Si bien a partir de ambos principios se rompe el marco de la estricta proporcionalidad que informa, por ejemplo, a otras causas de justificación como el estado de necesidad, no se encuentran justificados los casos de absoluta desproporcionalidad entre los bienes en conflicto como acontece cuando el dueño de la finca utiliza un arma de fuego para impedir el robo de unas manzanas. Se trata de las denominadas «restricciones ético-sociales» que buscan impedir un exceso en el uso del presente derecho.

En el ámbito de la culpabilidad es donde ROXIN realiza un giro copernicano en toda su fundamentación a partir de las teorías de la pena y por ello precisa llamarla: «responsabilidad». Este nuevo concepto parte de una revisión en primer lugar del concepto tradicional de culpabilidad anclado todavía en consideraciones metafísicas como el libre albedrío -científicamente no comprobado-, para posteriormente determinar el contenido jurídico de modo más preciso posible y se sitúe en relación correcta con los fines preventivos del Derecho Penal⁹⁰, dando lugar a una división de su contenido en dos juicios el primero referente a la posibilidad de dirección del sujeto a la norma y el segundo referente a si es necesaria la pena desde consideraciones preventivo generales o especiales.

Con ello intenta de alguna manera evitar caer en la trampa de entender la culpabilidad desde una perspectiva absolutamente ética o preventiva como única respuesta a su esencia.

ROXIN advierte que si bien no es empíricamente contrastable que el autor hubiera podido actuar de otro modo en el momento del hecho, la psicología y la psiquiatría desarrollan cada vez más criterios de enjuiciamiento, con lo que las limitaciones de la capacidad de auto conducción pueden ser advertidas y ponderadas en toda su intensidad.

Esa capacidad de «auto-conducción» permite dirigir nuestro comportamiento conforme a la norma. De ahí que la culpabilidad del autor haya que afirmarla, cuando en el hecho, conforme a su

89. Política Criminal y sistema, P.78.

90. ROXIN, ¿Que queda de la culpabilidad en Derecho Penal? [cit. Qué queda de la culpabilidad], CPC, Nº 30, 1986, P. 684.

constitución espiritual y anímica, estaba en disposición para la llamada de la norma, es decir, cuando le eran accesibles (todavía), posibilidades de decisión para un comportamiento orientado por el mandato normativo, esto acontece cuando la posibilidad de dirección psíquica dada en la mayoría de situaciones en los adultos sanos, estaba presente en el caso concreto⁹¹.

De forma sintética, la determinación de la culpabilidad en un caso concreto radica en comprobar si el autor en una situación dada, era todavía capaz de conducir su comportamiento y si por su situación disponía psíquicamente de «posibilidades de decisión en favor de un comportamiento orientado a la norma». Si se comprueba esa dirigibilidad normativa, tiene capacidad de comportarse conforme a la norma y se vuelve culpable cuando no adopta ninguna de las alternativas de comportamiento que le son en principio psíquicamente accesibles⁹².

Pero la afirmación del juicio de culpabilidad no se agota en la simple comprobación de la «abordabilidad normativa», sino que debe realizarse un análisis a partir de una consideración preventiva si la pena es necesaria o no. Se trata de un esquema dialéctico donde se combina la culpabilidad y los fines de prevención general y especial y que denomina: «responsabilidad», afirmando que el mejor y más liberal Derecho penal es aquel en donde ambos - culpabilidad y prevención- se limitan recíprocamente en la fundamentación y medición de la pena⁹³.

En dicho sentido, una pena correspondiente a la culpabilidad no puede verse sin más como una sanción adecuada, sino que la admisibilidad de la pena adecuada a la culpabilidad debe ser limitada, por su parte a través del requisito de necesidad preventiva. Esto lo demuestra el estado de necesidad disculpante donde no es que falte la capacidad para actuar de modo distinto, sino que es la falta de necesidad preventiva lo que lleva al legislador a dejar exentos de pena a quienes se encuentran en dichas situaciones. De igual forma sucede en el error de prohibición invencible y el exceso en la legítima defensa.

E) El funcionalismo sistémico.

Partiendo de bases diferentes dentro de la misma corriente, en la actualidad es visible una nueva transformación a partir de los

91. Política Criminal y estructura, P. 136 y ss.

92. Qué queda de la culpabilidad, P. 685.

93. Ibidem.

trabajos -principalmente- del actual Profesor de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn: Günther JAKOBS quien bajo la influencia filosófica de HEGEL y sociológica de Niklas LUHMANN ha elaborado una original teoría funcional del Derecho Penal⁹⁴.

JAKOBS parte en su formulación con una clara coincidencia con WELZEL en que la misión del Derecho Penal es la de asegurar los valores de acción ético-sociales, pero a partir de aquí «se apartan los caminos»⁹⁵. Los fenómenos relevantes de los que se hace cargo el ordenamiento jurídico no se caracterizan por ser simples cuestiones ontológicas sino como situaciones con significación expresiva, si se quiere comunicativa, en razón de su naturaleza social.

El Derecho Penal debe ser entendido del mismo modo, se inserta en lo social y brinda una prestación a la misma, cual es la reafirmación de la identidad normativa de la sociedad a costa de aquel sujeto que se muestra refractario o cuestionador de ella a través del cometimiento del delito⁹⁶. Es así que resulta imposible desgajar al Derecho Penal de la sociedad, pues constituye su tarjeta de presentación: «imponer la pena máxima por asesinato o por contar chistes sobre el *Führer*, caracteriza a ambos, a la sociedad y al Derecho penal»⁹⁷.

En consecuencia, la misión de la pena tampoco puede desprenderse de orden social al que sirve, más bien su imposición busca estabilizar el mismo ante aquellas defraudaciones que ponen en entredicho las expectativas socialmente aceptadas por la mayoría de los ciudadanos (prevención general positiva). De acuerdo con JAKOBS la infracción de las normas constituye una desautorización de la misma por un sujeto que se muestra refractario ante ella y que la pone en tela de juicio como modelo de orientación.

Es aquí que la pena actúa contra fácticamente, mostrando que el esbozo del mundo realizado por el infractor no es un modelo social determinante a seguir⁹⁸. En otras palabras, frente a un delito entendido como una puesta en duda de una norma, se impone una pena como reafirmación de su vigencia⁹⁹.

94. Una panorámica crítica de su sistema puede apreciarse en el interesante estudio realizado por los Profesores PENARANDA RAMOS, SUAREZ GONZÁLES y CANCIO MELIA. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs. Dicho trabajo antecede a una variedad de trabajos realizados por el Profesor alemán, traducidos al español por los anteriormente citados y que han sido recopilados en la obra: Estudios de Derecho Penal. Madrid, 1997.

95. Vease el Prólogo de su obra: Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación [cit. Derecho Penal], Madrid, 1997, P. IX.

96. *Ibidem*, P. 13-14.

97. *Ibidem*.

98. Vease, JAKOBS, Tratado de Derecho Penal, Madrid, P. 13.

99. JAKOBS, Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional [cit. Sociedad, norma y persona], P: 18. «...La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la

Si la misión del Derecho Penal es garantizar la vigencia de la norma entendida como una expectativa garantizada, el entendimiento del bien jurídico como objeto de protección según la concepción dominante constituye una tesis ya de por sí insostenible.

En efecto, el Derecho en general no puede proteger a los bienes jurídicos -entendidos en su sentido tradicional- frente a todos los ataques, no cualquier lesión a ellos posee relevancia jurídica, sino aquellas que provienen de otras «personas» y que constituyan el quebrantamiento de un rol social. Ejemplo: disparar dolosamente a una persona provocándole su muerte, desde el plano tradicional constituye una lesión al bien jurídico «vida», sin embargo, desde un plano comunicativo, la acción de «matar», más que una secuencia causal de movimientos corporales, constituye una toma de postura, una expresión de sentido que demuestra una defraudación a la expectativa normativa de no atentarse a la vida y que merece ser neutralizada.

El modelo a reaccionar ante dichas defraudaciones constituye la teoría de la imputación, cuyo concepto fundamental es el de «persona», no entendido como un sistema bio-psíquico productor de meras causaciones, sino como portador de un rol social; en otros términos no constituye la expresión de la subjetividad de su portador sino que es representación de una competencia socialmente comprensible¹⁰⁰.

En términos precisos, la esencia del injusto penal consiste en el quebrantamiento del rol por una persona socialmente «competente», quien tiene libertad para configurar su propia «organización» como el deber de no perturbar o irrogarse el ámbito de organización de otras personas, así como el de mantener su ámbito en una situación inocua para los demás¹⁰¹.

El entendimiento sobre en qué momento ha existido una conducta relevante para el Derecho Penal como defraudación de expectativas dependerá del contexto social en que nos encontremos para atribuir normativamente el resultado. Pueda ser, que éste sea atribuido a una persona que ha quebrantado su rol de acuerdo a una consideración estandarizada, pero además pueda explicarse como una dejación

contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El derecho penal confirma por tanto, la identidad social».

100. JAKOBS, Sociedad, norma y persona, P. 50-51.

101. "Los seres humanos se encuentran en el mundo social en condición de portadores de un rol, esto es, como personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado estándar". Véase, JAKOBS, la imputación objetiva en Derecho Penal, Madrid, 1996, P. 100.

de los deberes de autoprotección que correspondan a la víctima en una actuación a riesgo propio o como una situación que incumbe a tercero, y aún como una desgracia donde no resultan afectadas las expectativas de carácter normativo.

De acuerdo con lo anterior, la acción como la omisión pueden explicarse bajo el denominador común de ser comportamientos individualmente evitables y que resultan imputados conforme a un proceso normativo de atribución¹⁰², que surge ante la infracción de los deberes derivados en virtud de una competencia por organización, como de los deberes derivados de una competencia institucional¹⁰³.

La primera hace referencia a los delitos de comisión, y se corresponde con el mantenimiento del ámbito de organización en un estado que no permita un detrimento de un ámbito ajeno («*out put nocivo*»), pero también el deber de revocación cuando el peligro ya ha alcanzado el ámbito de la víctima y ha abandonado el del autor. En síntesis la responsabilidad es consecuencia del dominio sobre un determinado ámbito de organización¹⁰⁴.

De forma distinta, existen delitos en los que determinadas personas tienen que responder de la indemnidad de un bien social y en los cuales resulta irrelevante el hacer o el no hacer. En estos casos estamos en presencia de «garantes institucionales», cuya responsabilidad deviene por infracción de una responsabilidad especial, como es el caso de los funcionarios públicos¹⁰⁵.

En la teoría del tipo, particularmente en el ámbito de la teoría de la imputación objetiva del comportamiento, realiza los valiosos aportes que merece la pena detallar.

Partiendo del principio general de que «no todo no resulta ser competencia de todos», establece como finalidad primordial de la teoría, la de aportar el material con cuya ayuda puede interpretarse el suceso puesto en marcha por una persona como un acontecer

102. "Puesto que tanto en el delito comisivo como en el omisivo el fundamento de la responsabilidad se encuentra en la lesión de las reglas del status general y puesto que ese status viene determinado por el derecho a configurar libremente su organización dentro del riesgo permitido y el deber de evitar riesgos que superen ese nivel, se puede efectuar la siguiente formulación: todo titular de un círculo de organización es garante de la evitación de un out-put que exceda del riesgo permitido, sólo que, por tratarse de un deber que incumbe a cualquiera, no constituye ello ninguna especialidad y, por cierto, ni en el delito de comisión activa, ni en el de omisión. O por expresarlo con un ejemplo: cualquier persona es garante de que el automóvil que conduzca no choque contra un peatón y a ese respecto la omisión de acelerar o la acción de frenar son sólo las formas externas en las que se cumple el mismo deber de mantenimiento inocuo, el output del propio círculo de organización". Vease: JAKOBS, La competencia por organización en el delito omisivo, en Estudios, P. 350.

103. .Categorías que corresponden a las señaladas anteriormente por ROXIN de «delitos de dominio» y «delitos de infracción del deber» y que son retomadas por JAKOBS en su Derecho Penal, P. 730 y ss.

104. JAKOBS, DP, cit., P. 791.

105. Ibidem.

socialmente relevante o irrelevante. Sin éste material lo sucedido no es más que conglomerado naturalista que no merece ser analizado¹⁰⁶.

Partiendo de ello, el sistema de imputación penal debe tomar en cuenta cuatro principios: 1º) el principio de riesgo permitido, 2º) el principio de confianza, 3º) la prohibición del regreso, y 4º) la competencia de la víctima. De acuerdo con ellos, no forma parte del rol de cualquier ciudadano eliminar todo riesgo de lesión de otro, por tanto no cualquier puesta en peligro resulta prohibida, tampoco cuenta dentro de dicho rol controlar de manera permanente a los demás, pues no sería posible la división del trabajo.

Por otra parte, los comportamientos «estereotipados» (standarizados o regularmente aceptados) que resultan inocuos o inofensivos no constituyen una complicidad o participación en un delito. En último lugar, puede que la configuración del contacto social competa no sólo al autor sino también a la víctima y puede resultar que únicamente competa a ella: «Quien por sí mismo se zambulle en el agua o salta a un lugar donde hay que contar con la presencia de agua, no puede imputar a los demás el haberse mojado»¹⁰⁷.

V. BIBLIOGRAFÍA.

BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, Madrid 1990.

BACIGALUPO ZAPATER, *Delito y punibilidad*, Madrid, 1983.

BARATTA, *Principios de Derecho Penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)*, Revista Doctrina Penal, 1987.

BELING, *Die Lehre Von Verbrechen*, Tübinguen, 1906.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE-ARROYO ZAPATERO-GARCIA RIVAS-FERRE OLIVE-SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2 ed., Barcelona, 1999.

BINDER, *La aplicación de la dogmática penal en el trabajo cotidiano de los defensores*, Revista de Ciencias Jurídicas, San Salvador, 1991.

BUSTOS RAMIREZ-HORMAZABAL MALAREE, *Lecciones de Derecho Penal*, I y II, Madrid, 1997-1999.

106. JAKOBS, Imputación Objetiva, P. 99-100.

107. *Ibidem*.

CEREZO MIR, *El finalismo hoy*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XLVI, Fascículo I, Madrid.

CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, 6º edición, Madrid, 2001..

CEREZO MIR, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, 2º Edición, Buenos Aires, 2000.

CUERDA RIEZU, *El legislador y el Derecho Penal*, Madrid, 1991.

FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, Roma, 2001.

FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995.

FERRAJOLI, *El Derecho Penal mínimo*, Poder y Control Año 0, Barcelona, 1986.

FEUERBACH, *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania [Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts]*, Versión castellana, Buenos Aires, 1996.

GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1996.

GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 3º edición., Madrid 1990.

HASSEMER, *Fundamentos de Derecho Penal*, Barcelona, 1984.

HASSEMER, *Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Madrid, 1990.

JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1995.

JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid, 1996.

JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997.

JAKOBS, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, Madrid, 1996.

JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, 1981.

KAUFMANN, *La teoría de las normas: fundamentos de la dogmática penal moderna*, Buenos Aires, 1977.

KAUFMANN, *Sobre el estado actual de la doctrina del injusto personal*, Nuevo Pensamiento Penal, Buenos Aires, 1976.

KIRSCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia*, 3ª Edición, Madrid, 1983.

LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, 1927.

LISZT, *La idea del fin en el Derecho Penal*, Granada, 2001.

LUZÓN CUESTAS, *Compendio de Derecho Penal*, Madrid, 1996.

MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado: una primera aproximación*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1994.

MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, 1994.

MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, 1935.

MEZGER, *Modernas orientaciones de la dogmática penal*, Valencia, 2000.

MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición, Barcelona, 1998.

MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona 1976.

MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho Penal español*, Madrid, 2000.

MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona 1976.

MUÑOZ CONDE, en MUÑOZ CONDE-GARCIA ARAN, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2001.

PEÑARANDA RAMOS-SUAREZ GONZÁLEZ-CANCIO MELIÁ, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, en JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997.

ROCCO, *El problema y el método de la ciencia del Derecho Penal*, Bogotá, 2000.

ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1997.

ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Barcelona 1975.

ROXIN, *Problemas básicos de Derecho penal*, Madrid 1976.

ROXIN, *Política criminal y estructura del delito*, Barcelona, 1992.

ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, Madrid, 1981.

ROXIN, *¿Qué queda de la culpabilidad en el Derecho Penal?*, Cuadernos de Política Criminal, N° 30, Madrid, 1986.

SANCINETTI, *Teoría del Delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991.

SERRANO-PIEDecasas, *Conocimiento científico y fundamentos de derecho penal*, Lima 1999..

SCHÜNEMANN, *El sistema moderno del Derecho penal*, trad. Silva Sánchez. Madrid, 1991.

SORIANO, *La jurisprudencia no es ciencia*, Actualidad: Revista Jurídica, UTE, Año 1, San Salvador, 1996.

STRATENWERTH, *Acción y resultado en el Derecho Penal*, Buenos Aires, 1991.

VILLAVICENZIO, *El Derecho Penal de los Derechos Humanos*, Actualidad: Revista Jurídica, UTE, San Salvador, 1997.

VELASQUEZ VELASQUEZ, *Derecho Penal. Parte general*, 3ª edición., Bogotá, 1997.

WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, Barcelona, 1964.

WELZEL, *El nuevo sistema de Derecho Penal*, Montevideo, 2000.

WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Bonn, 1935.

WELZEL, *Derecho Penal y Filosofía*, Montevideo, 2002.

ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Buenos Aires, 1990.

ZUGALDÌA, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2º Edición, Valencia, 1994.

2. Identidad y parto anónimo

*Aída Kemelmajer de Carlucci**

El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso “*Odièvre c/France*”.

Sumario

I. Ubicación del problema. 2. La queja de quien llegó al más alto tribunal europeo en materia de Derechos Humanos. La norma cuya violación se denuncia. 3. La competencia de un tribunal de Derechos Humanos para pronunciarse sobre la cuestión. 4. Principales argumentos de la decisión bajo comentarios. 5. Algunos puntos de coincidencia. 6. Una aclaración inicial. 7. Réplica a los argumentos del decisorio. 8. Una conclusión provisional.

1. Ubicación del problema.

Francia es uno de los pocos países que conserva el llamado “parto anónimo” (*accouchement sous X*), una figura jurídica casi incomprensible para un lector latinoamericano, que otorga a la mujer que ha dado luz a un niño, el derecho de mantener en secreto su identidad. O sea, la ley asegura a la madre su decisión de mantener su identidad en el anonimato, de modo que la persona que ella engendró no sólo está impedida de iniciar una acción de filiación, sino de llegar a saber, algún día, quién fue su progenitora. Fácticamente, la figura funciona de este modo: el certificado de nacimiento incluye una línea de puntos donde se coloca el nombre de la madre; pues bien, hasta hace algunos años, en el certificado del nacido, en esa línea de puntos, se colocaba la letra X (de allí el nombre con el que se la conoce), signo que automáticamente lo hacía un niño habilitado para ser adoptado; hoy, con el mismo efecto, no se coloca la letra sino que se escribe el nombre luego y se lo tacha con tinta negra haciéndolo indescifrable.

Se calcula que en Francia, en la actualidad, existen 400.000

* Ministra de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, Argentina. La Dra. Kemelmajer cedió este trabajo para su publicación, con ocasión de la consultoría de capacitación sobre “Competencia del juez de paz en materia familiar”, dirigida a los miembros del Programa de Formación Inicial para Jueces (PFI), gracias al apoyo de la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo (ASDI-PNUD), en diciembre de 2004.

personas cuyas madres solicitaron permanecer anónimas¹. Hasta la década del sesenta, se estimaba que unos 10.000 niños nacían anualmente con el sistema del parto anónimo; desde la legalización del aborto, en los setenta, ese número cayó a cifras cercanas a 550 niños por año². Según el gobierno francés, el 80% de estas madres son solteras y el 50% tienen menos de 23 años. Si se piensa que en 1993, en ese país nacieron 712.000 niños³, los 550 que nacen con madre sin identificada, no parece ser un problema cuantitativamente tan significativo como en el pasado; sin embargo, sigue siendo una cuestión importante, tanto cuantitativa como cualitativamente.

Esta figura legal se remonta a la época de San Vicente de Paúl y la práctica ideada por el Santo, de dejar al niño en la torre de la iglesia, previo tocar la campana⁴; no obstante, en su redacción más moderna, proviene de un decreto ley del 2/9/1941, de naturaleza administrativa, tiempos del gobierno de Vichy, en los que aumentó el número de infanticidios; la solución se incorporó al sistema legal en enero de 1993.

Sus defensores argumentan del siguiente modo: (a) El secreto que guarda el anonimato protege tanto la vida y salud del niño cuanto la de la madre; la de la madre, pues no recurre al aborto o al parto clandestino, sino que se hace atender en centros de salud, donde es cuidada; la vida y la salud del niño, desde que de otro modo, su madre, o hubiese abortado y él no hubiese nacido, o lo habría dejado tirado en un tacho de basura, o habría nacido en situación insalubre. El secreto de la maternidad es, entonces, una necesidad social a fin de prevenir el infanticidio y el aborto tardío. (b) Los países que carecen de la figura del parto anónimo tienen una tasa de infanticidio mucho más elevada que Francia; en éste, el número de condenas por infanticidio fluctúa en alrededor de una decena por año (14 en 1984, 8 en 1986, 6 en 1987, 15 en 1988 y 1990)⁵; (c) El derecho del niño a su familia biológica no es absoluto

1. Van der Laan, Nanette, Crusade to find mother goes to human rights Court, en www.csmonitor.com/2002/1005.

2. Van der Laan, Nanette, Crusade to find mother goes to human rights Court, en www.csmonitor.com/2002/1005.

3. Dato proporcionado por Trillat, Brigitte, L'accouchement anonyme: de l'opprobre à la consécration, en *Mélanges à la mémoire de Daniel Huet-Veiller. Droit des personnes et de la famille*, ed, Presses Universitaires de Strasbourg, 1994, pág. 513.

4. Ver Malaurie, Philippe, La Cour Européenne des droits de l'homme et le "droit" de connaître ses origines. L'affaire Odièvre, en *La semaine juridique*, 26/3/2003, n° 26 pág. 545. Mallet Bricout recuerda que el derecho fue reconocido oficialmente en una ley de 1793; se sucedieron numerosos textos hasta 1993, sin que la ley del 2002, reguladora de la adopción, diera una solución distinta.

5. Trillat, Brigitte, L'accouchement anonyme: de l'opprobre à la consécration, en *Mélanges à la mémoire de Daniel Huet-Veiller. Droit des personnes et de la famille*, ed, Presses Universitaires de Strasbourg, 1994, pág. 518. La autora replica que las condenas no reflejan la influencia real que la figura del parto anónimo puede tener.

al que cabe oponérsele la libertad de la madre de no asumir su maternidad⁶.

Para algunos se trata de un derecho reservado a la madre extramatrimonial, pues el art. 341-1, que lo prevé, se inserta en el capítulo relativo a la filiación natural⁷. La norma en cuestión dispone: “Al momento del parto, la madre puede pedir que el secreto de su identidad sea preservado”.

Ahora bien, más allá de si esta restricción al hijo extramatrimonial es o no correcta, me interesa comenzar señalando que, jurídicamente⁸, esta práctica implica:

(a) Negar jurídicamente un hecho acaecido (un niño ha nacido de una mujer perfectamente individualizada, pero el Derecho oculta la identidad);

(b) Hacer prácticamente imposible, materialmente hablando, el reconocimiento de la familia natural; o sea, la sola voluntad de la madre saca al niño de su familia biológica.

(c) Negar en un supuesto significativo la regla *mater semper certa est*; la madre es cierta porque el parto no ha sido secreto para los profesionales de la salud que atendieron a la parturienta, pero ellos están obligados por el secreto profesional, por lo que para el hijo, su madre no es cierta.

(d) Eliminar no sólo el derecho a *establecer lazos filiativos* sino el derecho a *conocer el origen biológico*. Véase la diferencia con otros supuestos en los que la ley niega la posibilidad de generar el vínculo jurídico, pero admite el derecho a conocer el origen. Así, por ej., en la fecundación asistida mal llamada “*heteróloga*,” con “*donante anónimo*”, un importante sector de la legislación comparada niega al niño la acción de filiación contra quien proporcionó el material genético, pero le acuerda el derecho a tener acceso a sus orígenes biológicos a partir del momento en que él adquiere madurez suficiente. Después de la sentencia de adopción plena, la ley

6. Vasseur Lambry, *La famille et la convention européenne des droits de l'homme*, Paris, ed. Logique Juridique, 2000, n° 375.

7. Vasseur Lambry, *La famille et la convention européenne des droits de l'homme*, Paris, ed. Logique Juridique, 2000, n° 377.

8. Estas líneas abordan, exclusivamente, la cuestión jurídica, lo que no significa desconocer las profundas secuelas psicológicas que genera el parto anónimo, tanto en el nacido cuanto en la mujer. Este aspecto ha sido tratado estupendamente, en el artículo de Corinne Daubigny, *Le rapport de la psychanalyse au social et au politique, Origine personnelle. Entre mémoire, solidarité et avenir*. He tenido acceso a este artículo gracias al Eva Giberti, a quien le agradezco su envío. Daubigny dice que en la ley francesa el derecho al acceso a los orígenes es un derecho contingente, que depende del acuerdo de los padres de nacimiento. También señala la incongruencia del legislador, pues en épocas en las que, para luchar contra el tráfico, la convención de La Haya preconiza que se haga conocer el nombre de los padres de origen, para asegurar su consentimiento, la legislación interna insiste en condicionar el derecho a conocer el origen.

argentina no admite reconocimientos ni acciones de filiación contra la familia de origen (arts. 327 del CC), pero no impide conocer quién es la madre o el padre biológico (art. 328 del CC). Insisto en distinguir ambas cuestiones (derecho a establecer vínculos filiativos y derecho a conocer el origen), pues no siempre se presentan suficientemente diferenciadas.

Pues bien, uno de los tribunales más prestigiosos de la cultura jurídica occidental, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, por diez votos contra siete, ha decidido que la legislación francesa que he descrito no es incompatible con la Convención Europea de Derechos Humanos⁹.

La decisión fue tomada por la llamada “Sala Grande”, desde que la Sala de la Sección 3^o, a la que la causa había sido inicialmente atribuida, invocó el art. 30 de la Convención (“cuestión grave relativa a la interpretación de la Convención”) y de este modo el expediente pasó para ser resuelto por mayor número de jueces.

Este importante decisorio estuvo precedido de una gran expectativa: numerosas páginas en Internet hicieron mención a este asunto; en una, inclusive, se pedían adhesiones a la causa de la Sra. Odièvre. Como es lógico, el debate tuvo su centro neurálgico en Francia, país donde existen numerosas Asociaciones que nuclean personas nacidas bajo este sistema, mujeres que han dado a luz bajo padres adoptantes, etc¹⁰.

Las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tienen en todos los países, aún en aquellos en los que no resultan obligatorias (como sucede con los países latinoamericanos) una fuerte y justificada influencia. Creo, pues, conveniente explicar por qué, en este caso, no comparto sus conclusiones y por qué algunos de sus razonamientos resultan negativos para el desarrollo de los derechos humanos en América Latina.

2. La queja de quien llegó al más alto tribunal europeo en materia de Derechos Humanos. La norma cuya violación se denuncia.

La Sra. Odièvre, una persona cercana a los cuarenta años, nació de una mujer que decidió mantener el secreto del

9. El escaso margen ha dado lugar a que la doctrina califique la cuestión numérica de “mayoría débil”, especialmente, porque entre los diez se ubica el voto del juez francés, J.P.Costa, y entre los siete de la minoría se encuentra el del presidente del tribunal, I. Wildhaber (Ver Marguenaud et autre, *Quand la Cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la femme: la question de l'accouchement sous X*, en *Rev. Trim. Droit Civil*, 2003 n° 2, pag. 375).

10. Mallet-Bricout, B., *Droit d'accès aux origines personnelles: l'embaras de la Cour européenne des droits de l'homme*, en *Le Dalloz* 2003 n° 19, pág. 1240.

alumbramiento. En su muy tierna infancia fue adoptada por un matrimonio francés (Odièvre), que fue y sigue siendo su familia, jurídica y socialmente. Hace años que la Sra. Ordièvre busca sus orígenes biológicos. La autoridad administrativa le ha brindado alguna información (por ej., sabe que tiene dos hermanos biológicos, conoce la nacionalidad de padre y madre), pero se le ha negado todo dato que tienda a la individualización de esas personas¹¹.

Ella sostiene que el derecho francés, que guarda la confidencialidad o el secreto de los datos de su madre, viola el art. 8 de la Convención Europea de Derechos humanos que dispone: “1. Toda persona tiene derecho al respecto de su vida privada y familiar. 2. No puede haber ingerencia de autoridad pública en el ejercicio de ese derecho, salvo que esa ingerencia esté prevista por la ley y que ella constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y las libertades de otro”.

3. La competencia de un tribunal de Derechos Humanos para pronunciarse sobre la cuestión.

Malaurie insinúa que el principio de subsidiariedad impone dejar un margen de apreciación a los derechos locales, por lo que el tribunal ni siquiera debió ingresar en el estudio de la cuestión¹². No comparto esta conclusión. La Corte Europea ha ingresado en cuestiones relativas a la identidad sexual, al pronunciarse sobre el derecho de los transexuales. No hay razones para que no ingrese en una cuestión relativa a la identidad en general.

4. Principales argumentos de la decisión bajo comentario.

Resumiré los principales argumentos expuestos por el voto mayoritario que, como adelanté, convalidó el sistema francés; en suma, declaró que no vulnera la Convención Europea de Derechos Humanos. Aclaro que por razones de mejor comprensión, la reseña contiene títulos, pero ellos no se corresponden con los que figuran en la sentencia.

a) Breve historia del parto anónimo.

El tribunal detalla los antecedentes de la figura, desde San

11. La historia del periplo pasado por esta señora ante la autoridad administrativa es relatado con minuciosidad por Medina, Graciela, Adopción y conocimiento de la verdad biológica. El caso Odièvre de la Corte Europea, en L.L. 2003-E-1253.

12. Malaurie, Philippe, La Cour Européenne des droits de l'homme et le "droit" de connaître ses origines. L'affaire Odièvre, en La semaine juridique, 26/3/2003, n° 26 pag. 548.

Vicente de Paúl, las leyes de la revolución francesa, el decreto del gobierno de Vichy, etc., hasta su actual regulación; enfáticamente afirma que la regla *Mater semper certa est* no ha sido recibida en el derecho francés.

b) *El derecho a la vida íntima y el derecho a la vida familiar.*

Al igual que en otros precedentes de esta Corte, la decisión distingue el derecho a la *vida íntima* y el derecho a la *vida familiar*, ambos previstos en el art. 8 de la Convención.

Considera que en el caso no está en juego el derecho a la *vida familiar*, no porque la Sra. Ordièvre tenga ya una familia (la adoptante), sino porque ella no pretende generar vínculos jurídicos con su familia de origen, ni destruir los que tiene con su familia adoptiva. Sólo quiere conocer las circunstancias de su nacimiento y del posterior abandono, e identificar a sus padres y hermanos biológicos.

El tribunal admite expresamente que los aspectos que la Sra. Odièvre quiere conocer, integran el concepto de “derecho a la vida íntima”, pues ella se queja de la imposibilidad de tener acceso a sus orígenes, datos que, según alega, la identifican, pues la requirente reivindica su derecho a conocer su historia personal en nombre de la verdad biológica. En consonancia con esta idea, la Corte recuerda que en anteriores pronunciamientos (*Mikulic c/ Croacia*, 7/2/2002), afirmó que el art. 8, en tanto menciona el derecho a la vida íntima, protege el derecho a la identidad y la plenitud personal, como así también un derecho a establecer vínculos y desarrollar relaciones con los semejantes y el mundo exterior. Además, en *Bensaid c/ Reino Unido*, del 6/2/2001, sostuvo que la salvaguardia de la estabilidad mental es un presupuesto ineludible para el goce efectivo del derecho al respeto de la vida privada. Esa plenitud comprende el establecimiento de los detalles de su identidad como ser humano y el interés vital, protegido por la Convención, de obtener informaciones necesarias para descubrir la verdad que concierne a un aspecto importante de la identidad personal, como es la identidad de los padres. El nacimiento y sus circunstancias hacen a la vida privada del niño, luego adulto, y está garantizado por el art. 8 de la Convención.

Sin embargo, sigue diciendo el tribunal, este derecho presenta un *carácter complejo y delicado* porque pone frente a frente intereses irreconciliables.

c) *Las obligaciones positivas y negativas de los Estados.*

La obligación de los Estados para asegurar los derechos acordados por la Convención a las personas, no se reduce a no intervenir arbitrariamente a través de sus poderes públicos (*obligación negativa*, de abstención), sino que alcanza a verdaderas *obligaciones positivas* a fin de que la vida privada se respete de modo efectivo, por ej., creando vínculos entre personas (caso X y Y c/Países Bajos, 26/3/1985). Aunque tratándose de derecho a la vida íntima, la frontera entre obligaciones positivas y negativas del Estado no es muy clara, los principios generales son aplicables, particularmente, la regla según la cual en las obligaciones positivas es imperioso encontrar un punto de equilibrio entre todos los intereses que concurren en una determinada situación; además, en la búsqueda de ese equilibrio, el Estado goza de un cierto margen de apreciación.

d) *Los precedentes del tribunal.*

El tribunal reconoce que, a la luz de sus propios precedentes (caso *Gaskin c/ Reino Unido*, 7/7/1989), la Convención protege un interés primordial de toda persona consistente en *recibir la información necesaria para comprender su infancia y sus años de formación*. Gaskin era una persona que sufría problemas psicológicos en razón de malos tratos que él estimaba había sufrido cuando era pupilo de la asistencia pública; quería, por lo tanto, tener acceso al expediente que estaba en manos del servicio social. En ese caso, la Corte declaró que preservar el carácter confidencial de los expedientes oficiales tiene importancia a la hora de recibir información objetiva y digna de fe; además, puede ser necesario para preservar el derecho de terceros; por eso, admitió que se pueda tener acceso a estos expedientes con el consentimiento de quien debe informar; ahora bien, si quien debe informar se opone abusivamente a dar la información, será necesario, conforme el principio de proporcionalidad, encargar esta cuestión a un organismo independiente.

En el mismo sentido, recuerda el caso *Mikulic c/ Croacia*: la denunciante, una niña de cinco años, se quejaba de la lentitud de un procedimiento, comenzado con la demanda interpuesta por su madre contra el presunto padre y en la inexistencia en el derecho croata de una medida que permitiera a los jueces obligar al presunto padre a someterse a las pruebas genéticas. La Corte puso en una balanza el interés vital de los individuos a obtener la información necesaria para descubrir la verdad concerniente a un aspecto importante de su identidad personal y el interés de los terceros a oponerse a ser sometidos a un examen médico. Consideró que el Estado tenía la obligación de proporcionar medios alternativos que permitiesen a una autoridad independiente trazar la cuestión de

la paternidad en un plazo razonable y entendió que el principio de proporcionalidad no había sido respetado porque el interés de la denunciante a su identidad personal había sido dejado en la incertidumbre por un tiempo excesivamente prolongado.

No obstante, el tribunal estima que ninguno de los dos precedentes tiene sustancial analogía con la situación de la denunciante porque la cuestión del acceso a los orígenes y del conocimiento de la identidad de los padres biológicos (caso de Odièvre) no es de la misma naturaleza que el acceso al expediente personal establecido sobre un niño tomado a cargo del Estado (Gaskin) o cuando se busca prueba para establecer la paternidad alegada (Mikulic). En el caso a resolver, insiste, la requirente es una persona que tiene una filiación establecida (filiación adoptiva), que busca otra persona (la madre biológica que la abandonó desde su nacimiento y que expresamente solicitó el secreto).

e) *La colisión de los posibles intereses en juego.*

El art. 8 de la Convención dice “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar*”.

La expresión “*toda persona*” se aplica tanto al hijo, como a la madre y a otros sujetos involucrados.

Por un lado, hay un *derecho al conocimiento de los orígenes* que encuentra fundamento en: (A) la interpretación extensiva de la noción de “*vida privada*”; (B) el interés vital del niño en su plenitud, largamente reconocido en la economía general de la Convención.

Por el otro, está el interés de la mujer en conservar el anonimato en salvaguarda de su salud, dando a luz en condiciones sanitarias apropiadas. En el caso, la madre del bebé nunca quiso verlo y en la clínica fue separada de él, al parecer, con una indiferencia absoluta; no se ha alegado que la madre tuviese el menor deseo de conocer a su hija. No corresponde a la Corte juzgar esta conducta pero sí constatarla.

La Corte se encuentra, así, con dos intereses privados difícilmente conciliables que no afectan a un adulto y un niño, sino a dos adultos, cada uno de los cuales goza de su propia autonomía.

Por otro lado, en este caso, el problema del parto anónimo afecta también los intereses de terceros, entre ellos, los padres adoptantes, y el resto de la familia biológica, incluido el padre, cuya vida íntima y familiar también podría verse afectada.

Tampoco es ajeno el interés general, desde que la legislación francesa se funda en la protección de la madre y del niño durante el embarazo y el parto, la necesidad de evitar abortos, particularmente clandestinos, y el abandono “salvaje”.

f) *La elección de las medidas adecuadas para solucionar el conflicto de intereses. Margen de discrecionalidad de cada Estado.*

La Corte recuerda que, según sus propios precedentes, incumbe a cada Estado optar por las medidas más apropiadas para garantizar el art. 8 de la Convención en su aplicación a los vínculos individuales; hay distintas maneras de asegurar la vida privada, por lo que está en el margen de apreciación de cada Estado miembro la determinación de la que crea más conveniente.

g) *El conocimiento efectivo obtenido.*

En el caso, la denunciante ha tenido acceso a información que, aunque no identifica a su madre y su familia biológica, le ha permitido establecer algunas raíces de su historia, respetando el interés de los terceros.

En este sentido, señalo que la sentencia comienza con toda una serie de datos fácticos que ella misma hace públicos: la requirente fue matriculada, el 1/7/1965, bajo el n° 280.326, entre los pupilos del Estado del Departamento del Sena, y adoptada en forma plena el 10/1/1969 por el matrimonio Odièvre ante un tribunal de París. Del expediente de adopción surge que los padres biológicos de la niña tenían vida marital desde hacía 7 años; de esa unión nacieron dos hijos; el mayor, de 21 meses y Pascale, que la madre confió al Estado. La pareja de la mujer, un español, tenía vivienda, pero desde hacía dos años estaba amenazado de ser expulsado; era pintor de edificios y ganaba alrededor de 1200 francos; estaba casado y tenía otra hija, que vivía con la madre. Según ese expediente, quien había dado a luz a la Señora Odièvre, no trabajaba y cuidaba el otro hijo; medía 1.63, era delgada, de cabellos claros, ojos marrones, buena salud, medios intelectuales muy limitados; el padre era de talla mediana, cabellos claros, ojos marrones, y buena salud. Pascale nació apenas pasados 7 meses de gestación y pesaba 1.770 gramos; al momento de ser adoptada no presentaba ninguna anomalía neurológica.

h) *El Derecho Comparado y el Derecho Internacional de los Derechos humanos.*

La Corte reconoce que la mayor parte de los Estados que han suscripto la Convención no reconocen el parto anónimo, en la

variante de la imposibilidad de establecer vínculos jurídicos de filiación con la madre biológica; sin embargo, hay Estados que no establecen la obligación de denunciar el nombre de la madre, discutiéndose, por ello, la posibilidad del parto anónimo. Frente a esta diversidad de sistemas, tradiciones jurídicas y prácticas de abandono en formas diversas, no queda más alternativa que reconocer a los Estados la posibilidad de optar, dentro de un cierto margen de apreciación, entre las medidas propias para asegurar el reconocimiento de los derechos que la Convención garantiza a toda persona.

i) *El sistema francés y su reforma.*

La sentencia detalla cuidadosamente el nuevo sistema y transcribe el articulado pertinente. Después de la reforma del 22/1/2002, dice, aunque la normativa sigue admitiendo el parto anónimo, ha reforzado la posibilidad de levantar el secreto de la identidad al facilitar la búsqueda del origen biológico gracias a la creación de un Consejo Nacional de Acceso al Origen Personal (CNAOP), órgano independiente compuesto de magistrados, representantes de asociaciones concernientes al objeto de la ley y profesionales que tienen conocimiento práctico de los temas en cuestión. Este órgano fue propuesto por el Consejo de Estado en un informe de 1990, titulado Estatuto de Protección del niño; el informe insistía en la base consensual y previa para levantar el secreto. Como la ley es de aplicación inmediata, dice el Tribunal, la denunciante puede solicitar la revisibilidad del secreto, bajo reserva de acordar con la madre, de manera de asegurar equitativamente la conciliación entre la protección de la progenitora y de la denunciante, por lo que no debe descartarse que gracias a este nuevo organismo, la denunciante encuentre lo que busca.

5. Algunos puntos de coincidencia.

a) Ambos votos (mayoría y minoría) coinciden en que la cuestión no debía ser abordada desde la perspectiva del “*derecho a la vida familiar*” sino bajo la lupa del derecho “*a la vida íntima*”. Me detengo brevemente en un aspecto: La Convención Europea reconoce el derecho a “*la vida familiar*”; o sea, el derecho es del individuo, del sujeto particular; no reconoce, en cambio, a la *familia* como un ente distinto a cada uno de sus integrantes; por eso, la Convención no dice “la familia tiene derecho a.....”, sino “*toda persona* tiene derecho a la vida familiar”.

El punto de partida, centralizar la cuestión en el derecho a la vida íntima, es correcto; en efecto, Odièvre no pretendía vínculos de filiación con su madre; ella quería, tan solo, conocer sus orígenes.

No obstante, es posible preguntarse: ¿Habría variado la solución si la requirente no hubiese sido adoptada en su niñez, es decir, si ella no sólo buscarse su identidad sino también su familia¹³; o si quien reclamase fuese el presunto padre biológico, o los hermanos biológicos, que querían tener con ella vínculos familiares afectivos?

b) Coincido con el tribunal en que en el texto de la Convención, el *derecho a la identidad personal* está comprendido en la expresión “*derecho a la vida íntima*”.

Para algunos, la Corte ha hecho una interpretación extensiva de la noción de vida íntima, pero es menester recordar que tal comprensión no es nueva; comenzó en el caso *Niemetz*, del 16/12/1992, sentencia en la que se lee que “*el derecho a la vida íntima engloba o comprende el derecho del individuo a establecer y desarrollar relaciones con sus semejantes*”.

6. Una aclaración inicial.

Acierta Malaurie cuando afirma que en materia de filiación no existe una sola verdad. Tal como lo muestran las expresiones del lenguaje vulgar, hay muchas verdades: la *afectiva* (“verdadero padre es el que ama”); la *biológica* (“los lazos sagrados de la sangre”); la *sociológica* (que genera la posesión de estado); la verdad de la *voluntad individual* (“para ser padre o madre es necesario quererlo”); la verdad *del tiempo* (“cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo”)¹⁴.

La cuestión bajo análisis es: ¿hasta dónde son fuertes la verdad biológica y el derecho a acceder a ella?.

7. Réplica a los argumentos del decisorio.

a) *Las obligaciones positivas y negativas de los Estados*

Los deberes negativos y positivos a cargo de los Estados, para custodiar los derechos de la personalidad, no tienen alcance idéntico. Como ha dicho el Tribunal Constitucional alemán, en su aspecto *negativo*, el Estado tiene el deber de crear medios *específicos y determinados* contra las intervenciones ilegítimas de sus propios órganos. En cambio, en principio, cumple su deber de protección *positivo* de modo *indeterminado*; en otros términos, la manera como

13. Mallet-Bricout, B., Droit d'accès aux origines personnelles: l'embaras de la Cour européenne des droits de l'homme, en *Le Dalloz* 2003 n° 19, pág. 1241.

14. Malaurie, Philippe, La Cour Européenne des droits de l'homme et le “droit” de connaître ses origines. L'affaire Odièvre, en *La semaine juridique*, 26/3/2003, n° 26 pag. 546. El autor relata detalladamente la evolución de este derecho al parto anónimo en Francia, señalando una cierta inestabilidad, debida a los continuos cambios legislativos.

cumple ese deber de protección deriva de una decisión que cae dentro de su propia responsabilidad y discrecionalidad. No obstante, debe quedar claro que es función de los respectivos órganos estatales competentes, ponderar los diferentes derechos fundamentales que se contraponen entre sí y atender a las consecuencias negativas que podría tener una determinada forma de cumplir con el deber de protección¹⁵.

Debe reconocerse que en la solución del conflicto está implicado el difícil tema de los *efectos horizontales* de las garantías constitucionales. En el caso, la hija pretende que la garantía constitucional tenga eficacia contra quien le dio a luz (*efectos horizontales* o entre particulares); sin embargo, el efecto *vertical* no es ajeno a la cuestión, pues la hija se queja de que el Estado, teniendo en sus manos el expediente, no le permite el acceso.

En Argentina, el derecho al conocimiento de la historia personal tiene sólidas bases; además del art. 328 del código civil, ubicado en el ámbito de la filiación adoptiva, con apoyo en el art. 43 de la C.N., la jurisprudencia ha reconocido el derecho a conocer la historia familiar; así, por ej., más allá de la calificación de la acción (*hábeas data*, *amparo*, etc.) se ha legitimado a un hermano para tener acceso a los bancos de datos de las Fuerzas Armadas para obtener información relativa a la desaparición de un miembro de su familia¹⁶.

b) *Los precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

Como afirma el voto de la mayoría, la situación planteada en *Odièvre* no es idéntica a la de *Gaskin*, ni a la de *Mikulic*. En *Gaskin*, la persona quería obtener información que incumbía, especialmente, al poder público, no a otros individuos privados. En *Mikulic*, la requirente reclamaba un proceso rápido y eficaz para establecer una paternidad extramatrimonial que le era negada.

Sin embargo, como lo señala el voto de la minoría, los tres casos tienen puntos de contacto. Por lo pronto, en ambos precedentes el tribunal reconoció que hay un derecho a *recibir la información necesaria para comprender la infancia y los años de formación*. ¿Puede dudarse que una niña de cuatro años, como tenía la Sra. Odièvre cuando fue adoptada, no tenía historia, no quería comprender qué había ocurrido con su madre biológica, quién era, qué la motivó a abandonarla?

15. Schwabe, J. Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal alemán, trad. de Marcela Anzola Gil, Bogotá, ed. Gustavo Ibañez- Asociación Konrad Adenauer, 2003, pag. 33.

16. CSN, 15/10/1998, Urteaga c/Estado Nacional, ED 182-1199, LL 1998-F-302 y JA 1999-I-21.

Reconozco que, desde cierto punto de vista, la situación de *Mikulic* era más vulnerable y por lo tanto requería de mayor apoyo del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones positivas; *Mikulic* no tenía ninguna filiación reconocida y el Estado debía hacer todo lo posible para que ese vínculo se estableciera sin dilaciones indebidas. Sin embargo, desde otro ángulo, la pretensión de Odièvre era sensiblemente menos exigente que la de *Mikulic*; la francesa no reclamaba establecer vínculos que generasen obligaciones de terceros hacia ella; sólo quería conocer, saber, detectar sus orígenes biológicos, poder situar espacialmente a su familia de sangre, aunque jurídicamente no se establecieran lazos. Pareciera, entonces, que en el caso Odièvre para el Estado era más fácil cumplir su obligación positiva, desde que no generaba deberes jurídicos a cargo de terceros, sino que sólo abría la pantalla de la vida a alguien que busca en el pasado la paz del presente.

c) *La colisión de los intereses en juego. Carencia de proporcionalidad.*

El Consejo de Estado francés afirmó hace varios años que el parto anónimo muestra patéticamente el conflicto entre el derecho a la *verdad* y el derecho a la *libertad*. El hijo, en nombre de la verdad biológica, tiene el derecho al conocimiento de sus orígenes; la mujer, con base en la libertad individual, tiene el derecho de hacer respetar lo que constituye uno de los elementos más fundamentales de su intimidad, cual es el derecho a ser madre¹⁷; por eso, según este alto organismo de la Administración francesa, el derecho al parto anónimo y el derecho a decidir la interrupción del embarazo son fundamentales a la hora de analizar la libertad individual de la mujer.

Con la misma metodología, la Corte Europea de los Derechos Humanos pone en una balanza los intereses del nacido y en la otra los de su madre, los del resto de los miembros pertenecientes a la familia biológica, los de los padres adoptantes y los intereses públicos. Los pesa y, en definitiva, hace prevalecer estos últimos sobre el derecho de la persona nacida a conocer su realidad biológica.

El método de enfrentar el derecho a la identidad, con otros derechos con los que puede entrar en conflicto e intentar conciliarlos es correcto. En efecto, ningún derecho es absoluto y tampoco lo es el derecho a conocer el origen biológico; recuérdese que el art. 7.1. de la Convención Internacional de los Derechos del Niño dice: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad

17. Informe del Consejo citado por Trillat, Brigitte, *L'accouchement anonyme: de l'opprobre à la consécration*, en *Mélanges à la mémoire de Daniel Huet-Veiller. Droit des personnes et de la famille*, ed, Presses Universitaires de Strasbourg, 1994, pág. 524.

y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. Por otro lado, el art. 30 del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional aprobado el 29/5/1993 por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado dice: “Las autoridades competentes de un Estado asegurarán la conservación de la información de la que disponga relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres así como la historia médica del niño y su familia. 2. Dichas autoridades asegurarán el acceso con el debido asesoramiento del niño o de su representante a esta información en la medida que lo permita la ley de dicho Estado”.

Sin embargo, bajo la apariencia de aplicar el principio de proporcionalidad y la excusa de compatibilizar todos los intereses en juego, la Corte Europea concluyó negando un derecho que comenzó calificando de derecho fundamental: el derecho a recibir la información necesaria para saber quién soy, aunque sea sólo biológicamente hablando. Por eso, algunos autores sostienen que después de esta decisión, sólo entre comillas puede calificarse de “derecho” el de conocer el origen biológico¹⁸. Otros, con acierto, dicen que el tribunal ha reconocido que existen derechos ineficaces, es decir, derechos que no tienen efectos porque no pueden exigirse a otro¹⁹; en efecto, la Corte Europea se negó a franquear el paso entre el derecho a saber y la obligación de informar o divulgar²⁰; o sea, para el tribunal, el derecho a saber no tiene, en el otro extremo del vínculo, la obligación del Estado de informar²¹.

(A) Comenzaré por despejar el camino y dejar afuera algunos de los conflictos mencionados por el tribunal que, en mi opinión, no existían en el caso a resolver.

– No existía conflicto con los adoptantes, quienes, al parecer, habían apoyado en todo momento a su hija adoptiva en la búsqueda de sus orígenes biológicos.

– Tampoco existe un interés público comprometido. En nuestros días, y especialmente en Francia, una mujer que no quiere un hijo, aborta en condiciones de salubridad en un hospital público; no necesita, pues, recurrir ni al aborto clandestino ni a tirar a su bebé en un tacho de la basura.

– Por las mismas razones, el interés del niño a nacer sano está también suficientemente resguardado por el Estado.

18. Marguenaud et autre, Quand la Cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la femme: la question de l'accouchement sous X, en Rev. Trim Droit Civil, 2003 n° 2, pag. 375.

19. Mallet-Bricout, B., Droit d'accès aux origines personnelles: l'embaras de la Cour européenne des droits de l'homme, en Le Dalloz 2003 n° 19 pag. 1242.

20. Nadaud, Marion, Droit International et européen, Chronique I-166, La Semaine Juridique, 1/10/2003, pag. 1723.

21. Gouttenoire Comut, Adeline, La compatibilité avec la Convention EDH de l'accouchement sous x, en La Semaine Juridique, n° 13, 26/3/2003, II 10.049, pag. 564.

(B) No tengo dudas sobre cómo debe resolverse el conflicto entre el derecho a conocer la realidad biológica y el interés de los parientes biológicos en conservar el secreto: si en las acciones de filiación extramatrimonial, el interés de los parientes se ve desplazado, incluso patrimonialmente, en favor de la verdad biológica, no veo la razón que justifique que en este caso, que ni siquiera generará obligaciones patrimoniales (ni sucesorias, ni alimentarias, etc.), deba prevalecer el interés de quienes, como dirían los ingleses, prefieren mantener el “esqueleto en el armario”. A nadie se le ha ocurrido decir que una acción de filiación de reconocimiento de paternidad extramatrimonial viola el derecho a la intimidad de la familia del padre gestante. Por el contrario, la existencia cierta de hermanos acrecienta el problema psicológico de una persona en busca de su identidad e historia biológica por el deseo natural de reencontrarse con otros miembros de la familia.

(C) Queda, pues, por resolver un solo conflicto: el de la madre con el hijo que ha “dado a luz” (paradojalmente, en las “sombras” del anonimato).

Es verdad, como dice Malaurie, que si el derecho a saber se remonta a las entrañas del sujeto, también el misterio tiene su riqueza, por lo que el interés del menor sería una fórmula incierta: a veces, el principio justificaría el derecho a saber, otras lo negaría²². Pero éste no es el caso, aquí el hijo quiere conocer.

Tampoco creo que la cuestión deba ser resuelta sosteniendo que gracias al secreto esta persona nació, pues de otro modo, su madre habría abortado. En primer lugar, porque no hay certeza de que así hubiese ocurrido; en segundo lugar, porque si bien el derecho a la vida es un derecho que merece altísima estima, el derecho se configura con el de tener una vida digna, dignidad difícil de alcanzar cuando no se sabe de dónde se proviene. Quien nació con el sistema del parto anónimo es un ser humano a quien la Convención le promete un buen vivir, no un vivir angustiado²³. Como dice el voto minoritario, el derecho a la identidad, como condición esencial del derecho a la autonomía y al desarrollo, constituye el núcleo duro del derecho a la intimidad, importancia que ha sido dejada de lado por la mayoría.

Tengo el convencimiento que la solución aceptada por el prestigioso Tribunal Europeo es equivocada; explicaré por qué:

22. Malaurie, Philippe, La Cour Européenne des droits de l'homme et le “droit” de connaître ses origines. L'affaire Odièvre, en *La semaine juridique*, 26/3/2003, n° 26 pag. 548.

23. Conf. Mallet-Bricout, B., Droit d'accès aux origines personnelles: l'embaras de la Cour européenne des droits de l'homme, en *Le Dalloz* 2003 n° 19 pág. 1243. La autora afirma que si la ley autoriza el aborto, y según la Corte, aún sin la autorización del presunto padre, mal puede invocarse en este caso el derecho a la vida.

– Hace prevalecer la voluntad de quien realizó un acto generalmente consciente (salvo el caso de la mujer violada) sobre el derecho de alguien que nada pudo hacer para evitar el conflicto, pues no estaba en su decisión nacer o no nacer. Por eso, se ha sostenido que la Corte Europea ha dado una verdadera “*patente*” a la autonomía de la voluntad materna²⁴. Por el contrario, la mujer que decide tener un niño, especialmente en los países en los que abortar es lícito en las condiciones previstas por la ley, sabe que está generando un nuevo ser, una persona que, nacida, tiene derechos *inalienables* que ella no puede suprimir, entre otros, saber cuál es su origen.

Es verdad que existen otros supuestos en los que el legislador hace prevalecer la voluntad materna, pero adelanto que no son exactamente iguales al que está bajo consideración. Así, por ej., aunque la ley argentina toma algunas medidas para que la mujer revele el nombre del padre extramatrimonial (art. 255 CC)²⁵, la mujer no puede ser obligada a hacerlo sin violar su derecho a la identidad. Precisamente, cuando el texto se discutió, las reservas contra la solución versaban sobre un presunto ataque al derecho a la intimidad de la mujer. En este mismo sentido, uno de los tribunales constitucionales más prestigiosos, el que marca el punto más avanzado del derecho constitucional europeo, el Tribunal Constitucional alemán, afirmó en sentencia del 6/5/1997 que “*ni mediante el derecho del niño a conocer su origen, protegido por la constitución federal alemana, se ha dado una respuesta precisa a la pregunta de si el hijo extramatrimonial tiene derecho a que su madre le revele el nombre de su padre*”. En consecuencia, revocó una sentencia que obligaba a la madre a esa declaración. El Tribunal Constitucional reconoce que el derecho a la personalidad comprende el derecho a conocer los propios orígenes; así surge del art. 6 inc.5

24. Marguenaud et autre, Quand la Cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la femme: la question de l'accouchement sous X, en Rev. Trim Droit Civil, 2003 n° 2, pag. 376.

25. La norma dispone: “En todos los casos en que un menor aparezca inscripto como hijo de padre desconocido, el Registro Civil efectuará la comunicación al Ministerio Público de Menores, quien deberá procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. En su defecto, podrá promover la acción judicial correspondiente si media conformidad expresa de la madre para hacerlo”. Un tribunal platense afirmó que “si bien es cierto, según regla el art. 255 del Cód. Civil, la indagación de la relación paterno filial obra con el carácter de una obligación sobre el Ministerio de Menores, pues en caso contrario estaríamos frente a una norma llena de buenos propósitos pero inoperante, no lo es menos que no se trata de facultades absolutas del representante de los menores, sino que para poder intentar la acción de estado de emplazamiento filial, el precepto impone la conformidad expresa de la madre en tal sentido. Por lo tanto, corresponde ordenar la comparecencia de la madre de los menores al despacho de la Asesora de Menores a fin de que ésta pueda ejercitar las facultades deberes que le confiere el art. 255 (Cám. 2° CC La Plata, sala I, 29/12/1997, ED 180-201, con nota de Álvarez, Osvaldo O., Intimidad de la madre e identidad del menor; un aporte para conjurar ambos derechos). En el caso, la madre era menor de edad, se presumía que había sido abusada por el concubino de su madre por lo que el hijo podía ser fruto de esa unión. El juez de menores había mandado archivar la causa sobre el posible abuso sexual contra la menor, considerando que no habían datos ciertos para proseguir. El Asesor de Menores apeló. El tribunal dijo que, ante la gravedad de los hechos, la duda no indica el camino de la abstención sino, justamente, la necesidad de obrar con celeridad y profundidad en la investigación. Respecto del niño nacido, esa investigación podía servir no sólo para el reconocimiento de su identidad, sino también, su derecho alimentario.

de la Ley Federal; sin embargo, dijo, no otorga ningún derecho a obtener ese conocimiento, limitándose tan sólo a brindar protección respecto de las informaciones que sean susceptibles de obtenerse a través de los órganos estatales. Ese derecho tampoco surge de la igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, porque tratándose de hijos matrimoniales hay una paternidad legal, inexistente en la familia extramatrimonial²⁶. Pero aún en este caso, el tribunal alemán advirtió que: (A) el Estado brinda protección respecto de las informaciones que sean susceptibles de obtener a través de los órganos estatales (cuestión no comprometida en el caso alemán y, en cambio, implicada en el caso Odièvre); (B) cuando se obliga a la madre a revelar la identidad del padre, está en juego el interés de un tercero que forma también parte de su vida privada (el padre); en el caso, en cambio, está en juego sólo la intimidad de la madre.

Más aún, en Dinamarca, la madre tiene el *deber de informar a las autoridades*, en el plazo de un mes desde el nacimiento de su hijo, quién es o puede ser, el padre de la criatura. Si el presunto padre rechaza la paternidad, ésta se establecerá por los tribunales. Sin embargo, la madre puede solicitar ante la autoridad competente la exención de dicha obligación, siempre que sea mayor de veinticinco años y disponga de razonables condiciones sociales y económicas²⁷.

Por lo demás, la eficacia de la obligación impuesta a la mujer puede ser puesta seriamente en duda, pues no existen modos de hacerla hablar, o hablando, que diga la verdad. Por eso, alguna vez alguien propició la procedencia de la acción de daños y perjuicios iniciada por el hijo contra la madre que, conociéndola, no revela la verdadera identidad del progenitor²⁸.

– La respuesta del tribunal termina generando una desigualdad intolerable entre hombre y mujer: la acción de paternidad siempre es viable; también es posible conocer, saber quién ha sido el padre de cualquier persona; por el contrario, tratándose de la madre, la mujer tiene el privilegio no sólo de impedir el establecimiento de un vínculo jurídico, sino de poner una barrera infranqueable a la posibilidad de ser conocida por la persona que ella misma engendró y trajo al mundo.

26. El fallo se transcribe en Schwabe, J, Cincuenta años de jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán, trad. de Marcela Anzola Gil, Bogotá, ed. Gustavo Ibáñez-Asociación Konrad Adenauer, 2003, pág. 31. En nota complementaria se aclara que por no ser ejecutable la sentencia, todo se quedó en el papel y fue un proceso inútil.

27. Dato proporcionado por Dolz Lago, Manuel J., Origen biológico y derecho a la herencia genética. Comentario de urgencia a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 21/9/1999, Rev. general del Derecho, 1999, n° 663, pág. 14.218 nota 2.

28. Compulsar Minyersky, Nelly, Responsabilidad por el no reconocimiento del hijo extramatrimonial. Factores de Atribución, en La responsabilidad. Homenaje al Profesor Isidoro Goldenberg, Bs. As., ed. A. Perrot, 1995, pág. 557. La autora trata el problema bajo el título "Responsabilidad de la madre que no suministra el nombre del padre y/o no interpone acción de filiación en representación del hijo.

– Aunque se admitiese, con Eva Giberti, una suerte de “derecho de la mujer a dejar al hijo nacido bajo la custodia del Estado”, sin que ese hecho lleve a la figura del niño abandonado²⁹, tal derecho no implica el del anonimato. La independencia de la mujer no se muestra en el secreto, aspecto más vinculado a la visión decimonónica del pecado que al perfil emancipador de la mujer reivindicado en nuestros días. No es el parto anónimo sino el derecho de la mujer a abortar sin el consentimiento de quien contribuyó con su material genético a la formación del feto (Ver TEDH, *Boso c/ Italia*, 5/9/2002³⁰) el que expresa el derecho de la mujer del siglo XXI.

– Si se trata de asistir a las madres jóvenes, carenciadas, etc., hay que atacar las causas; no niego que en la sociedad moderna, y especialmente la latinoamericana, muchas madres sufren verdaderas miserias, pero para evitarlas “hay que atacar la raíz del mal y no bendecir hipócritamente las consecuencias, haciendo recaer sus efectos sobre los derechos inalienables del niño”³¹.

– El parto anónimo favorece el tráfico de niños. Recuérdense que el 13/12/1989, la Casación francesa provocó la disolución de la Asociación *Alma Mater* y *EuroMater*. La sala 1° del tribunal resolvió que “es ilícito el objeto de la Asociación que tiende a favorecer la conclusión y ejecución de convenciones que contravienen el principio de orden público de la indisponibilidad del estado de las personas a través de la renuncia y cesión, ambas prohibidas, de los derechos de la futura madre. La actividad de esta Asociación, se dijo conlleva al alejamiento del espíritu del instituto de la adopción en tanto crea una situación de abandono. El derecho a casarse y a fundar una familia no implica el derecho a concluir con un tercero convenciones que versen sobre la suerte del niño por nacer, no siguiéndose de ello que se esté instaurando una discriminación en razón del nacimiento”. La Asociación pagaba a las madres portadoras una suma de dinero y tenía a su cargo el control y cuidado de la mujer durante todo el embarazo. La madre permanecía como absolutamente anónima (*accouchement sous x*), y el niño se inscribía como hijo del padre (titular del material genético utilizado) que lo reconocía

29. Dice Eva Giberti (¿Madre abandonante?. Revisión del concepto de abandono aplicado en adopción, página 12, 11/6/2003), que la maternidad es una delegación que la sociedad ha depositado en la mujer; un oficio asignado, asumido como propio. La ley instituye a esa mujer como madre en términos de equivalencia a responsable por la supervivencia de la criatura; si la mujer actúa de otro modo, la ley establece que ella no cumple con lo que la sociedad ha estipulado. Sin embargo, si ese preconcepto se abandona, se verifica que es posible encontrar un derecho de la mujer a no asumir el cuidado de ese niño y su posibilidad de dejarlo al amparo de una institución. Ese niño, en esa visión no impuesta desde las ideas patriarcales, no es un niño abandonado.

30. La solución ha llevado a algunos autores a sostener que más allá de los Derechos Humanos, el tribunal ha creado los “Derechos humanos de la mujer” (Marguenaud et autre, Quand la Cour de Strasbourg joue le rôle d'une Cour européenne des droits de la femme, en Rev. Trim. Droit Civil, 2003 n° 2 pag. 371).

31. Compulsar, Hauser, Jean, Personnes et droits de la famille, en Rev.- Trim de Droit Civil, 2003-2-276.

en el mismo acto³². Algunos autores sostuvieron que, en la práctica, la declaración de nulidad de la Asociación, aunque fundada en los grandes principios, entraña un profundo error, pues es preferible que estas asociaciones existan abiertas, y no ocultas, sin ningún tipo de control. Otros no comparten este criterio; en Francia, como en EE.UU., las madres portadoras reciben un salario equivalente al sueldo mínimo durante diez meses; a los futuros padres, en cambio, se les factura cuatro veces.

En conexión con este problema, algunos creen ver en la ley francesa “la mano invisible de las asociaciones de padres adoptantes”, que constituirían un grupo de presión importante en un período en el que en todos los países occidentales ricos hay una demanda creciente de niños en condiciones de ser adoptados.

Cabe recordar algunos casos dudosos. Así, por ej., el Procurador de la República francesa planteó la nulidad de un reconocimiento hecho por el padre, un hombre casado, luego que la esposa quiso adoptarlo; el niño, nacido “*sous x*” había sido educado en el hogar formado por el reconociente y su esposa; el 7/5/2001, la Cámara de Apelaciones de Versailles rechazó la demanda del Ministerio Público; dijo que el parto anónimo era lícito y, consecuentemente, de él no podía derivarse la existencia de fraude en el reconocimiento del padre. En otro caso, el 21/2/2002, el Tribunal de Creteil declaró válido el reconocimiento hecho por un prisionero, condenado a muerte, cuarenta años después de esa manifestación de voluntad; el tribunal sostuvo que en ese contexto existían elementos suficiente para constatar la posesión de estado, entre otros, el hecho que los padres del condenado estaban al corriente del nacimiento, él había redactado a mano una carta solemne, en que la hacía votos para que su hija encontrara a su medio hermano y le manifestaba la voluntad de que fuera incluido en su propia familia, etc³³.

– La jurisprudencia francesa da muestras de los diversos problemas generados por esta figura atípica. Así, por ej., el 16/5/2003, un tribunal de Nancy declaró que el hecho que un niño conozca prontamente la verdad sobre sus orígenes y el traumatismo ligado a la existencia del padre que lo reclama y que lo reconoció incluso antes de su nacimiento, no impide que deba ser entregado a su padre biológico, aunque estaba con una familia desde hacia dos años. En un caso similar, en cambio, un tribunal de Riom, el 16/12/1997, resolvió en favor de los adoptantes³⁴.

32. Corte de Casación, 1° Cham. Civil, 13/12/1989, Asociación Alma Mater c/Procurador General Aix en Provence, en Rev. Derecho de Familia, Bs. As., A. Perrot, 1991 n° 6, pág. 88. Para una crítica al sistema del parto anónimo ver Delaisi, G y Verdier, P., *Enfant de personne*, Paris, ed. O. Jacob, 1994, pág. 199.

33. Ambos fallos resumidos en *La Semaine juridique*, 18/9/2002, n° 38, pág. 1617.

34. Tribunal de Grande instance de Nancy, 16/5/2003, *Recueil Dalloz*, n° 43, 4/12/2003 pág. 2911.

d) *La elección de las medidas adecuadas para solucionar el conflicto de intereses. Margen de discrecionalidad de cada Estado.*

Está fuera de discusión que en los espacios integrados el Estado tiene un margen de discrecionalidad para optar entre varias soluciones posibles, pero esto es así en tanto y en cuanto el derecho fundamental no sea finalmente negado. En mi opinión, esto es lo que ha ocurrido en el caso.

En efecto, el Comité creado por la nueva legislación francesa es un instrumento totalmente insuficiente: las autoridades pueden intentar convencer a la mujer para que revele su identidad, pero en definitiva, nada puede hacer frente a la férrea negativa de la madre. En realidad, se limitan a “invitar” a la madre para que, al momento del nacimiento, deje sus datos identificatorios en un sobre cerrado y para deje toda otra información que ella quiera transmitir al niño; pero la ley no la obliga a hacerlo.

e) *La contradicción ideológica de lo resuelto en Odièvre con lo decidido en otros precedentes.*

Es verdad que en materia de estado de las personas, la situación del hijo extramatrimonial nunca podrá ser exactamente igual a la del hijo matrimonial porque en la filiación extramatrimonial no hay un padre presumido por la ley. Sin embargo, en cumplimiento del mandato constitucional y de los tratados de Derechos Humanos, el legislador debe realizar todo lo posible para que esa igualdad sea real. En este sentido, la ley argentina estableció que la maternidad, a diferencia de la paternidad, no se determina por el reconocimiento, sino por el hecho del nacimiento y la identidad del nacido (art. 242 del Cód. Civil).

El propio tribunal internacional de Derechos Humanos muestra una evolución en favor de esa completa igualdad. Así, en *Marckx contra Bélgica* (1979), el TEDH dio un gran paso y enseñó que el respeto a la vida familiar no sólo comprende un aspecto *negativo* (el Estado no debe invadir, a través de acciones arbitrarias, la intimidad de la vida familiar) sino también un aspecto *positivo* (el Estado no puede ignorar la existencia de los lazos familiares a los efectos de la concesión de ciertos derechos)³⁵; en el caso, entendió

con nota de Poisson-Drocourt, Elisabeth, *Accouchement sous X.... Conflit entre père par le sang et adoptants potentiels*. Ver resúmenes de ambos fallos en *Recueil Dalloz*, n° 31, 2003, pag. 2120.

35. Compulsar De Salvia, Michele, *Compendium de la C.E.D.H. Les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme*, Kehl, ed. Engel, 1998, pag. 211. La sentencia dictada en el caso *Marckx* del 13/6/1979 es ciertamente la más conocida de las decisiones europeas con influencia en el derecho privado interno y muestra hasta qué punto algunos Estados se han resistido a la aplicación de los criterios de la Corte Europea (Ver Margénaud, Jean Pierre, *Le juge judiciaire et l'interprétation européenne*, en Sudre, Frédéric, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, ed. Bruylant, 1998, pag. 236).

que constituía una injerencia en la vida familiar el hecho de que el Estado no reconociera vínculos legales a la relación biológica entre nieto y abuelo biológico natural; el Estado debe justificar por qué ese vínculo familiar (filiación) no está jurídicamente reconocido; dicho de otro modo, el no reconocimiento jurídico de un vínculo afectivo, para ser válido, para no ser violatorio de los derechos humanos³⁶, debe estar suficientemente justificado por el Estado. La decisión fue importantísima, pero permitió la existencia de desigualdades entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales. La evolución se completó con la sentencia recaída en el caso Mazurek, del 3/12/2001, cuando fulminó esa desigualdad y obligó a la mayoría de los países europeos a modificar sus leyes sucesorias. En este sentido, los autores franceses señalan la línea vacilante del legislador francés, pues mientras por un lado modificó el orden sucesorio para la plena igualdad, por el otro mantuvo la prioridad de la voluntad materna en la conservación del secreto³⁷. Otro tanto puede decirse del Tribunal después de la sentencia bajo comentario.

f) *El derecho a la identidad del niño y del adulto.*

El tribunal parece insinuar que la solución pudo ser otra si la Sra. Ordievre, en lugar de ser una mujer adulta, hubiese sido un niño. La pregunta es, pues, si la solución debió ser distinta.

En mi opinión, adulto o niño, toda persona tiene derecho a conocer su origen biológico; la respuesta no debería variar. Por supuesto que si hubiese sido una niña, con mayor razón, con mayor fuerza, la solución dada por el tribunal sería errónea por vulnerar la Convención de los derechos del niño, Recuérdese que el texto otorga el derecho a conocer el origen biológico “en la medida de lo posible”, y no hay dudas que, en este caso, la revelación es perfectamente posible; basta consultar los expedientes; no se necesita violentar físicamente a otra persona que incluso puede mentir (como es el supuesto, antes analizado, de la pretensión de obligar a la madre a revelar la identidad del padre).

Es verdad que si Odièvre hubiese sido un niño se habría enfrentado claramente la autonomía de la voluntad de un adulto con la de otro que nunca pudo prestar su voluntad (la del niño); pero la solución del tribunal no respeta el principio de proporcionalidad porque la voluntad del hijo adulto que busca su propia identidad se ha visto directamente aniquilada.

Por lo demás, no queda claro por qué en el caso *Mazurek*

36. Millard, Éric, *Famille et droit public*, Paris, LGDJ, 1995, pág. 179 n 236.

37. Marguenaud et autre, *Quand la Cour de Strasbourg hésite à jouer le rôle d'une Cour européenne des droits de la femme: la question de l'accouchement sous X*, en *Rev. Trim Droit Civil*, 2003 n° 2 pag. 376.

la Corte protegió un hijo extramatrimonial de 58 años que buscaba una herencia, y aquí no protegió a una hija adoptiva de 37 que no pretendía lazos jurídicos sino tan solo conocer su origen.

g) *El derecho comparado y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.*

Los casos en los que los organismos internacionales verifican el estado de la evolución del derecho comparado para resolver un tema son bastante frecuentes³⁸. Así, por ej., la falta de reconocimiento de algunos derechos a los homosexuales, generalmente se funda en que las legislaciones son muy diversas y en que esa falta de uniformidad obliga a ser cauteloso en los derechos acordados³⁹.

En este caso, el tribunal reconoce que son muy escasas las leyes europeas que otorgan un derecho de tal magnitud a la mujer; siguiendo la línea general del razonamiento, tal obstaculización al derecho a la identidad debió ser declarada en contra de la Convención. Por eso, un autor sostuvo que la decisión muestra de una manera casi caricaturesca el recurso a la “interpretación consensuada”, porque precisamente la figura es contraria a la tradición jurídica mayoritaria⁴⁰.

Más aún, en el caso de los transexuales, no obstante la falta de uniformidad en las legislaciones, obligó al derecho interno a prever la posibilidad de modificar las partidas de nacimiento⁴¹, incluso a los fines del derecho a contraer matrimonio, en defensa de derecho a la identidad muy especial, como es la identidad sexual.

Por otro lado, no debe confundirse el *secreto de hecho* con el *derecho al secreto*. Así, por ej., en algunas legislaciones se autoriza a una mujer a dejar en un hospital a su hijo recién nacido, bajo la custodia del Estado (Hungría, Alemania)⁴². Pero en este caso, se trata de un secreto de hecho, pues la ley no otorga a la mujer el derecho de que no se revele su identidad⁴³.

38. En el Derecho Comunitario, la teoría del “acto claro” es un instrumento para que, dadas soluciones concordantes del derecho comparado, el juez local que debe aplicar el derecho comunitario se vea relevado de ir en consulta al tribunal de la Unión Europea (Para esta cuestión ver mis artículos El juez frente al Derecho comunitario, ED 148-825; Nuevamente sobre el juez nacional frente al derecho comunitario, LL 1997-D-946).

39. Ver, a vía de ej., Corte de la Unión Europea, 31/5/2001. D. y Reino de Suecia c/ Consejo.

40. Gouttenoire Comut, Adeline, La compatibilité avec la Convention EDH de l'accouchement sous x, en La Semaine Juridique, n° 13, 26/3/2003, II 10.049, pág. 564.

41. Sentencia del 25/3/1992. Para esta decisión compulsar, entre muchos, Fabre, M. et Gouron-Mazel, A., Convention européenne des droits de l'homme. Application par le juge français, Paris, Litec. 1998, pág. 147. Para la posterior evolución ver Belluscio, A.C., Transsexualidad. Derecho de los transexuales de casarse, LL 2003-B-1296.

42. Aunque estas leyes hablan de “abandonar” el niño, insisto en que para Eva Giberti, esta terminología no sería correcta pues nos desprendemos, negligentemente, de las cosas que nos pertenecen, afirmación que no puede predicarse de un niño a quien dejamos bajo la custodia del Estado.

43. Gouttenoire Comut, Adeline, La compatibilité avec la Convention EDH de l'accouchement sous x, en La Semaine Juridique, n° 13, 26/3/2003, II 10.049, pag. 564.

h) *El derecho a saber y el derecho a no saber.*

Evidentemente, en el caso entra en conflicto un derecho a saber (el del hijo) y un derecho a no saber (el de la madre, que no quiere conocer la identidad de la persona a la que dio a luz, ni quiere que ella sepa de su existencia).

Aquí es cuando la cuestión se conecta con el conflictivo caso resuelto por la Corte Federal argentina el 30/9/2003, *in re Vázquez Ferras* s/incidente de apelación; el derecho “a saber” era invocado por los presuntos abuelos; el nieto, por el contrario, invocaba su derecho a no saber.

Es verdad que el derecho a no saber también tiene protección. Así, el art. 10 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, Oviedo, 1997, dispone: “Toda persona tendrá derecho a conocer toda información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona de no ser informada”.

Pero también en estos casos el principio de proporcionalidad manda intentar conciliar ambos principios. En el caso, esta hija de desaparecidos sabía que sus padres no eran sus progenitores biológicos; se negaba a prestar su propio cuerpo porque temía que el resultado de la prueba fuese invocado, en juicio penal, en contra de quienes la habían criado, educado, dado un nombre y una familia. A ese temor se oponía la angustia de años, vivida por quienes ni siquiera tienen una tumba donde ubicar a sus hijos. Parecía que, en el caso, el principio de proporcionalidad inclinaba la balanza a favor del derecho a saber, especialmente porque el delito de falsificación de partidas ya había sido confesado por los imputados⁴⁴. En cambio, es absolutamente compatible la parte de la sentencia que anula la decisión que privó a la incidentante de su documento de identidad, pues como bien dice Saramago “*La identidad de una persona consiste, simplemente, en ser, y el ser no puede ser negado. Presentar un papel que diga cómo nos llamamos y dónde y cuándo nacimos es tanto una obligación legal como una necesidad social. La ley está para servir y no para ser servida. Si alguien pide que su identidad sea reconocida documentalmente, la ley no puede hacer otra cosa que no sea registrar ese hecho y ratificarlo*”.

44. Aclaro la afirmación del texto. Dado que la Corte Federal ha admitido –con criterio dudosamente compatible– que es posible practicar forzosamente la prueba de sangre sobre un imputado (Ver CSN 4/12/1995, JA 1996-III-436; 27/12/1996, ED 172-175), en el caso, debió usar el mismo criterio porque, como he dicho, la mujer no se negaba a prestar su cuerpo sino al uso que se hiciera de la prueba.

i) *La falta de piedad del tribunal*

El tribunal afirma que no juzga la conducta de la madre, pero verifica que ella nunca quiso ver a la niña, de quien se desentendió absolutamente.

En mi opinión, esta afirmación, en el cuerpo de una decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es absolutamente innecesaria:

En primer lugar, porque muestra una falta de piedad tremenda hacia el litigante; es tanto como decirle: “No te quisieron ni ver.....” Es cierto que la piedad no es típicamente un valor jurídico, pero tampoco es ajeno al ordenamiento, por lo que no hay necesidad de dejar constancia por escrito, en un acto jurisdiccional, semejante exclusión social. Cabe recordar a Eduardo Mallea, quien afirma: “El espíritu de equidad no es el espíritu de justicia; es más profundo, menos sencillo, más compuesto. Así como el verde está hecho de amarillo y azul, el espíritu de equidad está hecho de justicia y de piedad humanas”⁴⁵.

En segundo lugar, porque expresa una suerte de autoritarismo ajeno a la función jurisdiccional. El tribunal le dice al litigante: estoy compulsando el expediente, pero no te lo dejo ver; yo tengo autoridad para hacerlo; en cambio, no obstante que está en juego tu derecho a la identidad, un derecho al que he calificado de fundamental, tú no tienes esa facultad.

El diario francés Le Figaro informó el 14/2/2003, que conocida la decisión la Sra. Odièvre dijo: “Sin raíces, me han amputado una parte de mi misma”. En la página [http:// www.humanite.presse.fr /journal/2003-02-14/2003-02-14-258188](http://www.humanite.presse.fr/journal/2003-02-14/2003-02-14-258188), se lee: Pascale Odièvre es una persona soltera, sin hijos y sin empleo, minada por el sentimiento de abandono, sufre de depresión. Confiesa tener miedo a lo desconocido, al abandono, a la vida misma. Cuando terminó la audiencia pública ante la Corte Europea, a la que concurrió con su abogado, una decena de personas la esperaban, vestidas con una remera, cruzada por una X y acompañadas por una pancarta que decía *Gracias, Pascale, por haberlo intentado*”.

8. Una conclusión provisional.

No cierro los ojos a la realidad: cientos de niños abandonados, descuidados, carenciados, pueblan las calles de mi país. Saben cómo se llaman, quién es su madre, pero no tienen una vida digna.

45. Mallea, Eduardo, *La guerra interior*, Bs. As., ed. Surin 1963, pág. 51 y 88.

Sin embargo, no creo que la introducción de la figura del parto anónimo borre de un plumazo tan triste vida.

Más allá de esta cotidianidad, y con especial referencia al tema que ha motivado estas líneas, creo que el derecho al conocimiento de la verdad biológica y el derecho al establecimiento de la filiación sobre bases biológicas están mucho más acendrados en los pueblos latinoamericanos que en los europeos. Entre nosotros, doctrina y jurisprudencia afirman enfáticamente, y sin discusión, la existencia de un verdadero derecho subjetivo a conocer la identidad biológica, que integra el núcleo duro de su derecho a la personalidad⁴⁶ y que resulta exigible al Estado.

Fuera de la situación francesa expuesta a lo largo de estas líneas, Italia muestra el siguiente panorama: recién en las postrimerías del año 2002, la Corte Constitucional Italiana declaró inconstitucional el art. 278 del código civil en cuanto excluye la declaración judicial de la paternidad y de la maternidad natural y la investigación de esa filiación en los casos en que el reconocimiento de los hijos incestuosos está prohibido. La norma, en definitiva, permite que el hijo sea reconocido por uno solo de los progenitores, como si el valladar jurídico borrara las relaciones prohibidas que fructificaron en esa nueva persona. Es verdad, como se ha dicho, que normalmente estas acciones se interponen después de la muerte y para recibir la herencia; sin embargo, el argumento no me parece suficiente para negar la determinación de un vínculo jurídico que responde al nexo biológico, aunque conforme a los patrones de la sociedad, ese vínculo que unió a los padres fuese contrario a la moral y a las buenas costumbres⁴⁷. No obstante este paso positivo, el 17/6/2003, el Consejo de Estado, influido quizás por la decisión de la Corte Europea, dijo que el hijo no reconocido no tiene derecho de acceder al expediente relativo a su nacimiento para individualizar el nombre de la madre que solicitó no ser nombrada. En el caso, como el hijo había nacido antes de la reforma operada en la ley de adopción

46. Ver, entre muchos, D'Antonio, Daniel Hugo, El derecho a la identidad y la protección jurídica del menor, ED 165-1297; Grosman, Cecilia, El derecho infraconstitucional y los derechos del niño, en Libro de Ponencias del congreso internacional La Persona y el derecho en el fin de siglo, Santa Fe, Universidad del Litoral, 1996, pág. 236. Ejemplo de esta tendencia es la sentencia de la Cám. Civ. Com. Crim y Correccional de Pergamino (Pvcia de Bs. As.), del 21/11/1996 (La Ley Buenos Aires año 4 n° 4, Mayo de 1997, pág. 482) que resolvió: "Otorgada la adopción plena de un menor, que no había sido inscripto oportunamente por su madre biológica, habiendo la misma otorgado la guarda por acta notarial a los que ahora son declarados los padres adoptivos, autorizando expresamente a los mismos a proceder a la inscripción del niño, corresponde que al momento de dictarse sentencia de adopción se ordene la inscripción del menor como hijo de su madre de sangre y no como si la misma fuera desconocida". Aclaro que esta posición no es sólo latinoamericana; también en Europa, muchos autores hablan de un verdadero derecho a conocer el origen biológico. Ver, entre otros, Cenci, Piero, Sul diritto dell'adottato di conoscere l'identità dei propri genitori naturali, en Riv. Il Diritto di famiglia e delle persone, anno XXV, 1996 n° 4 pág. 1551.

47. Ver la decisión del Tribunal italiano del 28/11/2002, en La Nuova Giurisprudenza civile commentata, anno 2003-n° 4 pág. 543 PP con comentario de Di Nardo, La filiazione incestuosa: al vaglio della Consulta i limite all'accertamento giudiziale del rapporto. Compulsar otro valioso comentario de Di Paola, Luigi, Figli incestuosi: una connotazione giuridica destinata a scomparire, en La nuova leggi civili commentata n° 2002, pág. 1209.

184/1983, según el tribunal, subsistía la prohibición de acceso a esos archivos⁴⁸. En cambio, hace casi una década, el representante del Servicio Social de la Provincia de Piacenza, se presentó al Juzgado de Menores para que lo autorizaran a dar los datos de la familia de origen de una persona; se trataba de un joven de 25 años, que había sido adoptado por una familia y necesitaba con toda urgencia un trasplante de médula ósea; para eso, necesitaba encontrar a su hermana de sangre que había sido adoptada por otra familia. El tribunal resolvió que siendo mayor de edad, el tribunal no tenía nada que declarar, ni ninguna autorización que dar, pues el Servicio social debía dar esa información⁴⁹.

Dentro de esa jurisprudencia vacilante deseo, pues, que la decisión de la Corte Europea no haga retroceder a tribunales nacionales que, como el Tribunal Supremo de España, declararon la inconstitucionalidad del art. 47 de la ley de registro civil del 8/6/1957 que permitía conservar el secreto de la maternidad. Dijo el tribunal: “La coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales, por lo que la ocultación de la identidad de la madre biológica en el Registro Civil, por su propia decisión, contradice el principio constitucional de igualdad y sitúa a la madre biológica en situación relevante frente al padre e incluso frente al mismo hijo ya que al padre se le puede imponer coactivamente la paternidad”⁵⁰.

48. Un resumen de la decisión se encuentra en *Il Corriere Giuridico*, 2003/8/1001.

49. *Riv. Il Diritto di famiglia e delle persone*, anno XXV, 1996 n° 2, pág. 657.

50. 21/9/1999, *Rev. general del Derecho*, 1999, n° 663, pág. 14.217, con comentario de Dolz Lago, Manuel J., *Origen biológico y derecho a la herencia genética*. Comentario de urgencia a la sentencia de la Sala Primera del tribunal supremo del 21/9/1999.

3. El Derecho Procesal y sus actuales desafíos

*Santiago Garderes Gasparri**

Sumario

1. Introducción. La eficacia del proceso. 2. La eficacia desde la perspectiva estructural: el proceso por audiencia como modelo de eficacia procesal. 3. El proceso ejecutivo y el monitorio en general. 4. La eficacia del proceso y la ejecución de sentencias. 5. La tutela preventiva: tendencias actuales. 6. La legitimación en materia de derechos difusos y colectivos.

1. Introducción. La eficacia del proceso.

El derecho procesal se enfrenta actualmente a variados desafíos, que no obstante pueden resumirse en la idea de eficacia: la excesiva duración de los procesos civiles, la burocratización del servicio de justicia, las dificultades en el acceso a la justicia, socavan paulatinamente la eficacia del instrumento procesal y con ello la imagen y prestigio de la función jurisdiccional, con el riesgo que ello representa para el Estado de Derecho.

La preocupación por la eficacia del proceso parte de una realidad incontestable en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de la región iberoamericana: el modelo de proceso civil escrito no acompaña las exigencias de la sociedad actual, resulta excesivamente lento y burocrático y -en general- no es percibido por los usuarios como un sistema ágil y eficaz de dirimir los conflictos intersubjetivos.

Es común observar en ese sentido, procesos civiles y/o mercantiles que se prolongan por cinco, seis o más años, tramitándose en forma discontinua en base a una compleja secuencia de escritos, con reiterados planteos incidentales suspensivos, sin que las partes tomen contacto directo con el Juez, quien tampoco

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Abogado. Profesor ayudante de Derecho Procesal de la Universidad de la República, Uruguay. El Dr. Garderes cedió este trabajo para su publicación con ocasión de la consultoría de capacitación sobre "Proceso por audiencias y sus principios rectores", dirigida a magistrados y jueces con competencia en materia civil y mercantil, gracias al Proyecto de Justicia de la Agencia Internacional de los Estados Unidos para el Desarrollo (USAID/NCSC/DPK), en noviembre de 2004. El texto publicado corresponde a la conferencia que dirigió el Dr. Garderes en un evento abierto a la comunidad jurídica, organizado por el Consejo Nacional de la Judicatura.

presencia la declaración de testigos, peritos y partes, y culminando frecuentemente al cabo de varios años de litigio con el relevamiento de una nulidad o ausencia de presupuestos procesales, o una cuestión de incompetencia. Lo que, traducido en términos de eficacia, permite relevar en muchos casos un dispendio inútil de tiempo y esfuerzos que, finalmente y tras varios años de litigio, no logran siquiera reflejarse en un pronunciamiento de mérito, al señalarse al final del juicio defectos formales o ausencia de presupuestos procesales; y aún cuando finalmente se ingrese a la cuestión de mérito, la sentencia, cuando no llega tarde –demasiado tarde en muchos casos–, es dictada por un juez que no presenció personalmente la prueba, que no tuvo contacto con las partes ni con los testigos y/o peritos.

Frente a ese panorama, la doctrina procesal iberoamericana ha dirigido sus esfuerzos en procura de implementar un modelo procesal eficaz para las materias civil y mercantil, concluyendo con la aprobación en el año 1988 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, que consagra el proceso civil por audiencia, recogiendo modernos principios e institutos procesales y adaptándolos a las características del sistema procesal iberoamericano.

Ese modelo, que fuera adoptado por Uruguay en el año 1989, ha inspirado otras legislaciones de la región y, en particular, el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil de la República de El Salvador, actualmente en fase de consulta y difusión previa a su ingreso a la legislatura.

Pero los desafíos actuales del derecho procesal no se agotan en la implementación de un procedimiento ágil y eficaz, desde el punto de vista estructural, sino que incluyen referencias a la tutela preventiva y a la legitimación en materia de derechos colectivos y difusos, entre otros aspectos de interés caracterizados por la misma noción de eficacia.

2. La eficacia desde la perspectiva estructural: el proceso por audiencia como modelo de eficacia procesal.

En el plano estructural, las referencias al proceso por audiencia pautan la tendencia actual de la doctrina y legislación iberoamericanas. Las ideas, claro está, no resultan enteramente novedosas puesto que se afincan en la doctrina procesal clásica y en particular en los desarrollos de CHIOVENDA sobre el procedimiento oral.

En ese sentido, la oralidad ha estado en la agenda iberoamericana desde el inicio, plasmándose finalmente en el

Proyecto de Código Procesal Civil Modelo a través de la implantación de un proceso civil por audiencia, que recoge los postulados fundamentales del ideario chiovendiano: la *inmediación* o contacto directo del juez con las partes y con la prueba, la *identidad física del juez* durante el proceso (prueba-sentencia), la *concentración* de la actividad procesal.

El modelo de proceso por audiencia iberoamericano se estructura en base a la presentación escrita de los actos introductorios (demanda y contestación, eventualmente: reconvencción y contestación), la posterior convocatoria a audiencia preliminar o preparatoria con fines de conciliación, saneamiento o depuración liminar de los defectos procesales, fijación definitiva del objeto del proceso (fijación de la pretensión y términos del debate) y del objeto de la prueba, convocándose posteriormente a una audiencia probatoria y culminando con el dictado de la sentencia en audiencia, previéndose la eventual apelación (por escrito).

Se trata, en puridad, de una particular combinación de actos orales y escritos que recoge los lineamientos de la escuela procesal italiana (Chiovenda) y soluciones e institutos procesales de diversos modelos legislativos (el despacho saneador del modelo luso-brasileño, el concepto de audiencia del modelo norteamericano y puertorriqueño, la audiencia preliminar del modelo austriaco, entre otros).

La idea central del modelo se resume en la concentración de actividades procesales en audiencia (una vez trabada la relación procesal mediante la demanda y contestación escritas); esto es, la reunión de las partes bajo la presidencia o dirección del tribunal, con el fin de procurar —en lo posible— la solución conciliada del proceso, y en su defecto realizar en audiencia la mayor cantidad posible de actos procesales (con fines de depuración o saneamiento procesal, prueba, resolución, notificación e impugnación), lo que redundará en una notable abreviación del proceso.

A vía de ejemplo, en la audiencia preliminar del proceso común u ordinario del modelo iberoamericano, convocada por el juez una vez contestada la demanda o vencido el plazo respectivo, puede ponerse fin al proceso mediante conciliación y en su defecto se dictará a continuación sentencia interlocutoria con relación a los defectos u obstáculos procesales (falta de capacidad o personería, incompetencia, defecto en el modo de proponer la demanda, nulidades, etc.) alegados por el demandado o relevados de oficio por el tribunal; se fijarán en audiencia los términos del debate (objeto del proceso) aclarándose las dudas que pueda tener el tribunal al respecto; se fijará en la misma audiencia el objeto de la prueba descartando los medios probatorios referidos a hechos no

controvertidos, y se podrá incluso recibir la prueba testimonial y finalmente, dictar sentencia de mérito tras escuchar las alegaciones finales de las partes; en la misma audiencia, podrán plantearse recursos (reposición) e incidentes, los que serán contestados y resueltos en la propia audiencia, verificándose también en audiencia y en forma inmediata las notificaciones de las resoluciones adoptadas en su curso.

La secuencia reseñada a vía ilustrativa, plantea una clara economía de tiempo y actividades, si tenemos presente que los mismos actos (resoluciones, notificaciones, recursos, planteos incidentales) desarrollados en un modelo escrito y discontinuo insumirían, de regla, un tiempo considerable, mientras que en el modelo oral se concentran en un mismo acto (audiencia).

Pero las virtudes del modelo iberoamericano no se agotan en la reducción del tiempo del proceso. El proceso por audiencia permite concentrar los esfuerzos en la consideración y solución del mérito de la cuestión debatida, imponiendo la depuración liminar (en la primera audiencia) de los defectos procesales señalados por las partes o relevados de oficio por el tribunal, vedando en principio su planteo posterior. El proceso por audiencia permite, además, una mejor adecuación del fallo a la realidad de los hechos debatidos, al determinar el contacto personal y directo del Juez con la prueba (inmediación), sancionando con la nulidad absoluta la delegación (interna y externa) de la función probatoria. La intermediación permite además, el contacto directo y personal del juez con las partes (al menos en la audiencia preliminar), lo que también facilita el conocimiento de la causa (posibilitando el interrogatorio directo con fines aclaratorios de los términos de la demanda o contestación) y confluye en la moralización del debate procesal. El modelo oral permite, finalmente, el control popular de la actividad jurisdiccional a través del principio de publicidad, que habilita la presencia en audiencia de cualquier persona, salvo motivo fundado a juicio del tribunal.

Las características reseñadas pautan un modelo ágil y eficaz de actuación procesal, que permite reducir sensiblemente los tiempos del proceso sobre la base de una razonable estructuración del sistema oral. No se trata, como vimos, de eliminar la escritura en el proceso civil, sino de reservarla para aquellos actos en los que se justifique dicho formato (demanda, contestación, sentencia, recursos), procurando concentrar el resto de la actividad procesal en audiencia. De donde resulta que, en el modelo iberoamericano, la oralidad no constituye un fin en si mismo, sino el resultado del instituto de la audiencia, que constituye el eje de la reforma procesal, sobre la base conceptual de la intermediación y la concentración de

actividades.

En ese marco, la audiencia preliminar (o preparatoria) se erige en el centro de la reforma procesal iberoamericana, por las funciones y principios que resume. Insertada en una etapa inicial del proceso, luego de los actos introductorios (demanda y contestación, escritas), la audiencia preliminar cumple principalmente la función de saneamiento procesal, entendida como la depuración liminar de los defectos procesales que, denunciados por el demandado o relevados de oficio por el tribunal, impiden ingresar a la decisión de mérito (v.gr.: defectos de capacidad y personería, cuestiones de incompetencia, excepciones de cosa juzgada y litispendencia, nulidades procesales), resolviéndose esas cuestiones en una etapa liminar y evitando de esa forma un dispendio innecesario de tiempo y esfuerzos que resultaría de posponer el conocimiento de estas cuestiones para la etapa final del proceso. Pero las funciones de la audiencia preliminar no se agotan en las indicadas, sino que incluyen la tentativa de conciliación intraprocesal, propiciada por la reunión del juez y de las partes y potenciada por el conocimiento previo de la demanda y contestación, así como de los medios de prueba de que habrán de servirse las partes, pudiendo el tribunal inquirir en audiencia sobre puntos oscuros de la demanda y requerir a las partes aclaraciones en tal sentido. De acuerdo con los datos estadísticos disponibles en Uruguay (relevamiento de la Suprema Corte de Justicia), los acuerdos conciliatorios en materia civil representan aproximadamente el 25% de los casos en Uruguay.

Luego de la etapa de saneamiento procesal y dentro de la misma audiencia preliminar, se procede a delimitar el objeto del proceso y de la prueba, descartando –por innecesaria– la prueba referida a hechos no controvertidos por el demandado al contestar la demanda y determinándose los medios de prueba admisibles, descartándose los manifiestamente impertinentes, inconducentes o innecesarios; todo lo cual redundará en la abreviación de los trámites y permite concentrar la actividad procesal en los aspectos prioritarios para la justa composición de la litis.

En el plano de los principios, la audiencia preliminar refleja, en primer término, la plena vigencia del principio de inmediación, a través del deber del tribunal de presidir personalmente la audiencia y de la carga de comparecencia personal de las partes, cuya inobservancia acarrea graves consecuencias (desistimiento de la pretensión del actor, regla de admisión de los hechos de la demanda en caso de inasistencia del demandado). También refleja los principios de publicidad, concentración y economía procesal (al concentrarse en audiencia diversos actos procesales, a los que se agregan las respectivas notificaciones en audiencia, recursos –también en

audiencia– y resoluciones), buena fe y lealtad procesal (propiciada por la reunión personal de los sujetos del proceso, bajo la dirección del juez), entre otros.

En la misma audiencia preliminar, se programa la audiencia probatoria en la que se completa el diligenciamiento de la prueba, rigiendo también en esta etapa el principio de intermediación conforme al cual el juez debe presenciar personalmente las audiencias de prueba (declaraciones de testigos, peritos y partes, inspecciones judiciales, etc.), culminando con los alegatos y el dictado de la sentencia en audiencia, con posibilidad de prorrogar su dictado hasta por 30 días (lo que en Uruguay constituye actualmente la regla).

Luego de reseñar la estructura del proceso común u ordinario en el Código Modelo para Iberoamérica y en la legislación uruguaya, cabe preguntarse en qué medida contribuye a la eficacia del proceso. Retomando las consideraciones iniciales en torno a la duración de los procesos escritos, la desconcentración que los caracteriza y la distancia del juez respecto de las partes y de la prueba, no cabe sino reeditar las conclusiones de CHIOVENDA, en cuanto afirmaba que *“el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y las exigencias de la vida moderna, porque sin comprometer en los más mínimo, antes bien garantizando, la bondad intrínseca de la justicia, la proporciona más económicamente, más simplemente y prontamente”*.

Esas conclusiones resultan confirmadas por la experiencia uruguaya de 15 años de juicio oral en materia civil, existiendo general consenso en punto a la abreviación de los trámites, la economía de tiempo y esfuerzos en virtud de la concentración procesal, la simplificación de los trámites y la mejor adecuación del fallo a la realidad de los hechos debatidos, propiciada por el contacto directo y personal del tribunal con las partes y con la prueba.

El Anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador, que recoge en sus líneas fundamentales las soluciones del Código Modelo, se inscribe en la misma línea de eficacia procesal, al instrumentar un procedimiento ágil y sencillo, concentrado y basado en la intermediación, estructurado a partir del planteo escrito de los actos introductorios, seguidos de una audiencia preparatoria (con el mismo contenido de la preliminar del Código Modelo) y una posterior audiencia probatoria, permitiendo vislumbrar un trámite abreviado en función de los plazos señalados para las respectivas convocatorias a audiencia. La intermediación se contempla satisfactoriamente a partir de la sanción de nulidad absoluta para los casos de indebida delegación por parte del tribunal y de la

previsión de cargas procesales que incentivan adecuadamente la comparecencia personal de las partes a la audiencia; en la misma línea de garantizar la inmediación, se establece el principio de la identidad física del juez (debe dictar la sentencia el juez que presenció la audiencia –de prueba– incluso cuando deje de servir en ese juzgado, Art. 207), y se consagra la inapelabilidad de los autos interlocutorios y el efecto no suspensivo de los incidentes, soluciones que ya CHIOVENDA refería como principios connaturales al proceso por audiencia. La audiencia preparatoria recoge el instituto del despacho saneador en los términos expuestos y la tentativa de conciliación. El sistema proyectado introduce institutos novedosos como el descubrimiento de la prueba, instancia posterior a la audiencia preparatoria y previa a la audiencia probatoria, de clara filiación anglosajona. En síntesis, el procedimiento por audiencia proyectado se inscribe en la línea chiovendiana de la oralidad, conformando un sistema coherente y armónico sustentado en claros y definidos principios procesales enfocados hacia la eficacia del proceso, e inspirado en los lineamientos del Código Modelo para Iberoamérica.

3. El proceso ejecutivo y el monitorio en general.

La implementación de un proceso por audiencia conlleva, de regla, un aumento de la actividad del tribunal, que debe atender audiencias en algunos casos, por espacio de varias horas con declaraciones de testigos, peritos, etc. y mantener al día el despacho diario (providencias de trámite, autos interlocutorios y sentencias).

De modo que, como primer conclusión empírica –sustentada al menos en la experiencia uruguaya–, puede señalarse que la reforma procesal enfocada hacia la oralidad requiere de un aumento del número de jueces, y de una adecuada combinación de procedimientos que permita “despejar” la agenda judicial respecto de un variado número de asuntos que pueden tramitarse por una vía más ágil.

Es aquí donde aflora la importancia del proceso monitorio, no sólo desde una perspectiva aislada (contemplando las virtudes intrínsecas del procedimiento), sino en la más amplia perspectiva de la eficacia procesal, permitiendo resolver con agilidad un sinnúmero de procesos cuyo especial objeto hace innecesario, en principio, el trámite en audiencia. En ese marco, cabe referir una experiencia común en la región pautaada por la relevancia cuantitativa de los juicios ejecutivos, que en Uruguay representan más del 50% de los expedientes judiciales en trámite ante los tribunales civiles y que, de acuerdo a la información de que disponemos, supera largamente dicho porcentaje en los tribunales mercantiles de El Salvador.

En esos casos –juicio ejecutivo– no se justifica en principio el abandono del procedimiento escrito, que –al menos en Uruguay– ha demostrado ser un eficaz instrumento de gestión procesal para este tipo de pretensiones; y ello por cuanto, en la inmensa mayoría de los juicios ejecutivos (aproximadamente un 90% de acuerdo a los datos estadísticos en Uruguay), no existe oposición efectiva del demandado, por lo que tampoco se requiere instrumentar un procedimiento probatorio o alegatorio complementario en audiencia.

El juicio ejecutivo en Uruguay, estructurado como un típico monitorio, se concreta en la demanda escrita, a la que debe acompañarse el título ejecutivo (documento auténtico), dictándose a continuación una resolución de mérito que no se limita al control formal de admisibilidad, sino que se pronuncia sobre el fondo (amparando la pretensión ejecutiva) y decreta el embargo y citación de excepciones, citándose posteriormente al demandado por el plazo de 10 días; de no mediar excepcionamiento del demandado, el proceso queda concluido sin necesidad de ulterior pronunciamiento, al quedar firme la providencia inicial, pasándose directamente a la vía de apremio. Si, por el contrario, el demandado se excepciona dentro del plazo legal, se sigue en lo sucesivo el trámite del proceso por audiencia, convocando a las partes a una audiencia con fines conciliatorios, de fijación de los términos del debate y de prueba, dictándose finalmente sentencia. El modelo uruguayo difiere del iberoamericano, en cuanto éste prevé una convocatoria a audiencia con fines conciliatorios en caso de no mediar excepcionamiento del demandado.

El procedimiento descrito para el juicio ejecutivo en Uruguay, ha demostrado ser un eficaz instrumento procesal, lo que se ve confirmado por los datos estadísticos disponibles, que indican una duración menor a 3 meses para la gran mayoría de los juicios ejecutivos, teniendo presente que en el 95% de los casos el demandado no opone excepciones, con lo que el proceso se concreta en la demanda, providencia inicial y citación de excepciones al demandado.

La agilidad del proceso ejecutivo constituye un complemento adecuado del modelo de proceso por audiencia, reservado para los juicios ordinarios o comunes y abreviados, en la medida que posibilita descongestionar razonablemente el despacho judicial, permitiendo concentrar la agenda en los asuntos de mayor complejidad fáctica y/o probatoria, cuya tramitación sí requiere de audiencia.

La experiencia de los procesos monitorios se extiende en Uruguay a otras materias, además de la ejecutiva, sustanciándose por este procedimiento los procesos de desalojo o inquilinato, así

como los procesos de entrega de la cosa, escrituración forzada de promesas de enajenación de inmuebles, resolución de dichas promesas, entre otros. En todos esos casos, la fehaciencia inicial de la pretensión (sustentada en un título auténtico del que resulta la obligación reclamada) habilita su tramitación por la vía monitoria.

4. La eficacia del proceso y la ejecución de sentencias.

Las consideraciones precedentes, enfocadas hacia la instrumentación de un procedimiento declarativo ágil –sea en vía ordinaria, o en vía monitoria– carecen de toda utilidad práctica sin el complemento necesario de un sistema ágil de ejecución de sentencias. Sabido es que quien acude ante la Justicia en reclamo de un crédito o una prestación insatisfecha, no se conforma con la sentencia que declara su derecho amparando su pretensión, sino que procura la satisfacción material, efectiva, de dicha pretensión; y ello sólo se obtiene, en caso de incumplimiento, a través del proceso jurisdiccional de ejecución de sentencias.

Y es en este ámbito donde la doctrina procesal coincide en señalar la relativa eficacia de los regímenes legales de ejecución vigentes, ya sea en términos de tiempo (la ejecución sigue percibiéndose como excesivamente larga) o de resultados (el remate o subasta pública produce en muchos casos una solución antieconómica, cuando no se ve frustrada ante la imposibilidad de ubicar bienes propiedad del ejecutado).

La doctrina procesal reclama, en ese sentido, una serie de medidas tendientes a mejorar la eficacia del proceso de ejecución, que pueden resumirse en la limitación de las defensas o excepciones admisibles y la exigencia de prueba documental respaldatoria, la limitación de los medios impugnativos (en particular la apelación) y el efecto no suspensivo de los recursos e incidentes; pero estas previsiones, que se encuentran vigentes en el sistema uruguayo, no aseguran por sí solas la eficacia del proceso de ejecución. Las instancias posteriores tendientes a la realización de los bienes embargados (agregación de títulos de propiedad, estudio de los títulos y de la situación dominial, publicación de edictos, etc.), suelen plantear una excesiva dilación en el trámite procesal, mayor incluso que la planteada por el excepcionamiento u oposición del ejecutado.

Y lo que es más importante aún, la imposibilidad de ubicar bienes que sirvan de objeto a la ejecución, representa la principal causa de ineficacia del proceso de ejecución. Convengamos que en ocasiones resultará imposible superar tal dificultad, porque sencillamente el ejecutado carece de bienes sobre los que hacer efectiva su responsabilidad; pero en muchos otros casos, las

dificultades podrían superarse mediante la consagración del principio de colaboración del ejecutado, a los efectos de la determinación de su patrimonio. Así lo refleja la actual legislación procesal civil española, cuyos lineamientos recoge en este punto el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador al consagrar el deber de colaboración del ejecutado para la determinación de su patrimonio, instrumentando soluciones eficaces en ese sentido que se resumen en la obligación de manifestar bienes suficientes bajo apercibimiento de sanciones penales (Art. 624), la atribución de potestades judiciales amplias para la averiguación de bienes del ejecutado y el correlativo deber de colaboración de los terceros (entidades bancarias, registros públicos, etc.). Se trata, en todo caso, de implantar soluciones que prestigien la fuerza ejecutoria de la sentencia judicial.

Otro de los aspectos de interés para la eficacia del proceso de ejecución, que se encuentra reflejado con acierto en el anteproyecto salvadoreño, es la búsqueda de soluciones o mecanismos alternativos a la tradicional subasta como único medio de realización de los bienes del ejecutado. La subasta o remate judicial ha evidenciado sus limitaciones, al menos en Uruguay, existiendo consenso en cuanto a los inconvenientes económicos que representa en términos de precio de realización, costos (publicidad, gastos de rematador, etc.), tiempo (control de títulos, publicación de edictos o avisos, etc.). El Anteproyecto de Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador, que contiene una detallada y novedosa regulación del proceso de ejecución, prevé soluciones alternativas al remate, sobre la base de una audiencia para la realización de los bienes en la que actor y ejecutado podrán acordarse diversos procedimientos de realización, previéndose en su defecto la posibilidad de realización por el ejecutado o por un tercero delegado, la adjudicación de bienes al ejecutante o la entrega en administración, entre otras posibilidades (Arts. 664 y ss.).

5. La tutela preventiva: tendencias actuales.

La tutela preventiva se ubica en la misma línea de eficacia procesal, procurando prevenir o mitigar los riesgos que representa la natural demora en la tramitación del proceso, existiendo consenso en la doctrina moderna acerca de la necesidad y conveniencia del instituto cautelar.

En ese sentido, a los desarrollos doctrinarios clásicos sobre las providencias cautelares se agregan actualmente referencias cada vez más firmes a las medidas autosatisfactivas, la tutela anticipativa y la jurisdicción de urgencia, que reflejan en todo caso la relatividad de la noción de instrumentalidad en los términos

expuestos por la escuela procesal clásica, planteándose diversas hipótesis que reclaman una solución urgente sin requerir un posterior proceso al que accedan instrumentalmente, por agotarse en sí mismas. Esa tendencia se refleja en el plano normativo, al consagrarse auténticas medidas autosatisfactivas como la intervención judicial de sociedades en la legislación uruguaya, aún cuando se trata de previsiones aisladas que no reflejan una consagración amplia o general.

La tutela anticipada se refleja en diversos ordenamientos procesales, habilitando con diversa amplitud la adopción de medidas tendientes a prevenir, no ya el riesgo de inejecución de la sentencia, sino el riesgo de lesión del derecho sustantivo tutelado (por ejemplo, el derecho a los alimentos para el niño); se procura de esa forma, adelantar el pronunciamiento de fondo, ya sea mediante la asignación de una pensión alimenticia provisoria para el niño, o la imposición liminar de la obligación de ejecutar la prestación reclamada a título principal (dar, hacer o no hacer algo, v.gr. efectuar desde el inicio del proceso y sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva sobre el mérito; las reparaciones necesarias para prevenir la filtración de humedades hacia la finca del actor).

La jurisdicción de urgencia (*“jurisdiction des referees”*) del derecho francés y belga se inscribe en la misma línea de eficacia preventiva, y se concreta en la atribución de potestades cautelares “de urgencia” para decretar medidas con carácter provisorio, con facultades especiales que incluyen la de recibir al litigante aun fuera del Tribunal y hasta en la propia casa del juez.

Frente a este avance de lo cautelar, se ha contrapuesto con acierto la “perspectiva del cautelado”, procurando alertar acerca de los riesgos que conlleva el fenómeno cautelar en términos de justicia (por la esencial provisoriedad del juicio de valor que lo sustenta). Lo que, en síntesis, ha permitido reafirmar las ideas de CALAMANDREI y CARNELUTTI, entre otros, acerca de un adecuado régimen de responsabilidad que permita mitigar los riesgos de un daño injusto en la esfera patrimonial del cautelado. Y ese régimen de responsabilidad no puede sustentarse en la noción de abuso o mala fe en la obtención de la medida (puesto que la revocación de la medida cautelar no implica necesariamente una actitud maliciosa o abusiva del cautelante), sino en la idea del riesgo; en todo caso, se impone concluir que el cautelante debe correr con los riesgos que importa la utilización del instrumento cautelar y ello con prescindencia de la buena o mala fe con la que haya actuado.

En esa línea se inscribe el anteproyecto salvadoreño, al consagrar un régimen de responsabilidad objetivo que impone la

reparación de los perjuicios causados por la medida cautelar dejada sin efecto, sin exigir la acreditación de mala fe o abuso de derecho por parte del cautelante (Arts. 457 y ss.).

6. La legitimación en materia de derechos difusos y colectivos.

Para concluir con esta breve reseña de los temas de actualidad en el derecho procesal, no puede obviarse la referencia a la tutela jurisdiccional de los derechos difusos y colectivos, que plantean una nueva dimensión en materia de legitimación y cosa juzgada.

Como indica PELLEGRINI GRINOVER, la tutela jurisdiccional de los intereses difusos conlleva un replanteo de las bases tradicionales del proceso civil, dominado por la noción de derecho subjetivo, sustentado en la consideración del individuo como centro de todo el sistema normativo. Concluye en tal sentido, que en un cuadro político, económico y social estructuralmente renovado, la figura exclusiva del derecho subjetivo, en su enfoque tradicional, no puede ya prevalecer, en la medida que nuevos conflictos, metaindividuales, esperan solución en la sociedad contemporánea, que por su configuración colectiva y de masa indican la necesidad de adoptar nuevas formas de participación.

Esas nuevas formas de participación social se traducen, en la dogmática procesal, en la necesaria reformulación del instituto de la legitimación y de la cosa juzgada (en su alcance subjetivo). Y es que, como lo advierte MORELLO, la legitimación es uno de los institutos más sensibles al fenómeno de la socialización del proceso, concluyendo que *“el impactante tema de la legitimación irradia una estimulante luminosidad al movimiento por el acceso a la justicia y cancela raudamente la desprotección que experimentaba la vastedad de situaciones jurídicas que, en el eje de nuevos y cabales derechos –a la vida, al ambiente sano, a la información y al conocimiento, al resguardo de la privacidad, al disfrute de los intereses (rectius: derechos) metaindividuales: difusos, colectivos y de carácter individual homogéneos, el derecho de los niños, etcétera–, pedían –exigían– la pertinente tutela.”*

Sobre esa base conceptual, se procura asegurar la tutela de los derechos metaindividuales mediante previsiones amplias en materia de legitimación, superando la idea del interés o afectación individual como sustento ineludible de la acción colectiva. La función de defensa o tutela de los intereses generales que se asigna en general al Ministerio Público, lo erige en uno de los sujetos legitimados para la tutela de los intereses colectivos y difusos (en particular, con relación al medio ambiente) en diversos ordenamientos

procesales de la región.

La realidad brasileña aporta un claro ejemplo del potencial que representa la acción del Ministerio Público en la defensa de los intereses difusos: de acuerdo con los datos estadísticos disponibles, más del 90% de las acciones colectivas en Brasil son promovidas por el Ministerio Público, en áreas de defensa del medio ambiente, salud y derechos de los consumidores, entre otros.

La relevancia y perspectivas actuales de la tutela de los derechos colectivos, ha determinado al Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal a formular un proyecto normativo modelo, que plasmara finalmente en la reciente aprobación del Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos, conteniendo una precisa y completa regulación de los institutos de la legitimación y cosa juzgada en materia de derechos colectivos y difusos, así como de las acciones reparatorias colectivas y de institutos novedosos como la acción declarativa pasiva. En líneas generales, se consagra una legitimación amplia aunque sujeta al control del tribunal en punto a la representatividad de los organismos colectivos (asociaciones, agrupaciones), y un régimen extensivo de la cosa juzgada para abarcar –de regla– a todos los sujetos que integran la misma categoría.

Recogiendo estas nuevas tendencias, el Anteproyecto salvadoreño regula en su Art. 59 la legitimación para la defensa de derechos e intereses de los consumidores, asignándola a las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas y a los grupos de consumidores o de afectados constituidos por la mayoría de sus integrantes.

4. El juez ético: el juez constitucional

Eduardo de Urbano Castrillo*

Sumario

Introducción. I. El juez, a lo largo de la Historia. II. La función Jurisdiccional en el Estado constitucional: la legitimidad del juez actual. III. Exigencias éticas: la prudencia, virtud judicial por excelencia. IV. Conclusiones.

Queremos presentar en esta conferencia una propuesta concreta sobre el modelo de “juez ético” que reclama nuestra época y que bautizamos como “el juez constitucional”.

De ese modo, queremos presentar un *arquetipo* (modelo ideal, en la terminología platónica), que responda a las exigencias de nuestro tiempo y que al igual que sucede con el arquitecto, el abogado, el médico u otros profesionales, reúna en su personalidad, las virtudes humanas propias de su actividad profesional, y que, al tiempo, nos permita considerar las características de su función de toma de decisiones en el ámbito jurisdiccional.

En definitiva, se trata de ponderar no *qué* decisiones debe tomar el juez –planteamiento impensable, ante quien debe hacer de la independencia e imparcialidad los estándares de su función– sino *cómo* debe decidir, esto es, cuál debe ser el *know-how* del juez actual.

Pues bien, el examen de esta cuestión, hoy en día, no puede hacerse sino en el marco que diseña la Constitución, porque el juez, en un Estado de Derecho, no es un profesional cualquiera sino el titular de un poder del Estado, además de un jurista que encarna el desempeño de una carrera profesional, en la que su importante función se explica y justifica, por prestar un servicio público, pacificador y necesario.

Esa doble perspectiva de funcionario con autoridad y, a la

* Doctor en Derecho. Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo. El Dr. de Urbano cedió este trabajo para su publicación, con ocasión de la consultoría de capacitación sobre “Ética Judicial”, dirigida a los miembros del Programa de Formación Inicial para Jueces (PFI), gracias al apoyo de la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo (ASDI-PNUD), en marzo-abril de 2005.

vez, profesional que posee unos concretos saberes y un estatuto determinado, puesto al servicio de la ciudadanía, en cuanto titular de la función jurisdiccional, supone, en definitiva, explicitar en qué consiste su tarea y, como correlato, las exigencias éticas implicadas en dicha función.

Sin embargo, consideramos formativo y de particular interés, hacer, previamente, un breve “*excursus*” histórico, sobre el papel del juez a través de la historia.

I. El juez, a lo largo de la historia.

Sin duda, un recorrido por los tipos de juez que han jalonado la Historia, nos permitirá conocer la vinculación entre el tipo de juez de cada momento y la sociedad de su tiempo.

De ese modo, conoceremos tanto el concreto alcance de la función judicial, como la importancia que tienen la caracterización y papel social que han desempeñado los Jueces, a lo largo de la Historia.

Es decir, podremos apreciar el rol de la figura del Juez y su incardinación sociopolítica en una comunidad determinada. Valoraremos, así, los dos elementos, el personal y el funcional, en cuantos componentes inescindibles de una misma realidad.

Este trabajo de indagación histórica, limitado, por razones obvias, a dar unas pinceladas al respecto, pretende conocer el origen de algunas de las características e ideas de la actividad judicial, y, por tanto, extraer las consecuencias correspondientes, para la deontología judicial.

1) El juez de la antigüedad.

Los estudios sobre los jueces, suelen comenzar en la época medieval, con lo que se prescinde de etapas anteriores, privándonos así de un conocimiento que tienen indudable interés.

En efecto, hubo jueces en Israel, en la Grecia clásica y, por supuesto, en el Imperio Romano. Se trata de tres modelos distintos: el juez religioso, el demócrata o popular y el jurídico.

a) Tal vez el texto más antiguo y conocido que trata de los jueces, sea, precisamente, el “*Liber Iudiciorum*” del Antiguo Testamento, en el que se recoge la historia del pueblo de Israel tras la muerte de Josué –el sucesor de Moisés–, en busca de la “tierra prometida”, y al frente del cual, los judíos pusieron a “jueces”.

Entre ellos tenemos a personajes de la talla de Débora, Gedeón o Sansón, considerados personas de “perspicaz inteligencia, de una sabiduría fuera de lo normal y de un intrépido valor”¹, en su misión de luchar contra los enemigos del pueblo de Israel y de conducirlos en paz hacia la salvación.

Caudillos militares en época de guerra y jefes del ejecutivo en tiempos de paz, los jueces de la Biblia eran hombres y mujeres “inspirados por Dios”, que como máxima autoridad del Estado, dirigen al pueblo, ejerciendo todas las facultades menos la legislativa, pues el único legislador del Israel primitivo era el propio autor del Código mosaico.

Su mandato no era vitalicio, ni hereditario ni estaba reservado a una determinada tribu, siendo su origen social variado: Débora era profetisa; Samuel levita; Helí, sacerdote; Gedeón, granjero...

Pero como ejercían la suprema magistratura, ya que podían convocar al senado y decidir los temas a tratar en la Asamblea, la administración de justicia recaía, realmente, en los ancianos de las tribus, correspondiendo a los jueces la última palabra, cuando se les sometía el caso a su consideración.

En el Deuteronomio, se definía al “juez probado”, el cual “equivale a un hombre íntegro, a un hombre de carácter que, conociendo su función, aplica la justicia sin torcerla por nada ni por nadie...Es firme como una roca, porque sostiene la piedra angular de la sociedad, que es la justicia”.

Los jueces de la Biblia, con su carácter de profetas y estatus máximo, van a dejar paso, a una administración de justicia más próxima al ciudadano y que se ejercerá por personas sin esa consideración “heroica”, a los que básicamente se exigirá experiencia, pues se reclutarán entre los ancianos de las tribus².

Los primeros jueces como tales, serán, pues, jurados de edad avanzada, cuyas decisiones se someten al control máximo de los “jueces”-Jefes de Estado, a los que nos hemos referido.

b) Los jueces de la Grecia clásica, eran ciudadanos elegidos por sorteo y por un año, a los que se otorgaba un billete con su nombre, con el cual entraban al Tribunal y que devolvían al término del juicio, tras recibir su paga.

1. GOLDSTAIN DOM J. en “Los Jueces “hombres inspirados”, La Biblia, A.Testamento, Tomo II, pág.117 Bac, Miñón SA, 1970.

2. DIMONT Max I. En “La constitución americana y la democracia israelita en los tiempos de los jueces”, Id. pág.107.

Sólo los ciudadanos libres podían ejercer los cargos, pero como las dietas eran modestas, sólo los acaudalados podían permitirse dedicarse a servir dichos cargos, lo cual fue produciendo unos núcleos de notables que acabarían controlando estos puestos.

Sin embargo, la reelección automática estaba descartada, y la Asamblea Popular y el consejo controlaban las magistraturas, pudiendo trasladar, destituir y exigirles cuentas de su labor.

“Los tribunales populares, compuestos por numerosos jurados, eran bastante parciales e impresionables por argumentos demagógicos”³.

Podían decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, votando con papeletas, pero para declararle inocente se requería papeleta unánime. La ejecución de las condenas se dejaba a las partes (venganza privada) o al pueblo (venganza colectiva).

Sólo posteriormente surgieron magistrados, desgajados de la jurisdicción real que era penal y fiscal, pues la civil y los asuntos administrativos (cuestiones privadas) se atribuían a los diversos colegios arbitrales.

La atribución de las concretas funciones jurisdiccionales y las normas de funcionamiento de los tribunales, se establecían mediante autorización real⁴.

Era interesante la costumbre de “limitar el tiempo” de los discursos ante el tribunal –necesario dada la facundia oratoria de los griegos- y ello venía marcado por el tiempo que tardaba en pasar el agua de un cuenco a otro, los cuales estaban comunicados y a distinta altura.

c) Pero sin duda, la regulación más completa e interesante, era la existente en el Derecho Romano en el cual el *Magistratus* era toda persona con autoridad.

En Roma, la *iurisprudentia*, elaborada con las respuestas de los iurisprudentes a la casuística que producían los ciudadanos romanos, será el elemento jurídico clave, antes que las leyes, de un pueblo que aportó una serie de principios jurídicos, con fundamentos éticos, a la historia del derecho.

En efecto, tras examinar los precedentes del caso, el *responderé* se inspiraba en la *aequitas*, que suavizaba la ley y la

3. GSCHNITZER, Fritz “Historia social de Grecia”, pág.195, Akal/Universitario, 1981.

4. BIANCHI BARDINELLI, R. “Historia y civilización de los griegos”, Vol.8 Ed. Icaro, 1983.

aplicaba flexiblemente, al supuesto examinado, permitiendo así, desarrollar el concepto de *fides bona*, las distintas clases de *dolus* o alumbrar el principio *summum ius, summa iniuria*, que todavía hoy se aplica, para evitar interpretaciones literalistas que conducen al absurdo o al fraude de ley.

Desde el plano de la organización judicial, se observa una cierta complejidad y, al tiempo, de dos niveles judiciales: el político, encarnado en Magistrados con *imperium* como eran los cónsules y los pretores, y el de los magistrados sin *imperium*, los pretores (magistrados mayores) con “sello curial” y los ediles curules y otros, sin ese nivel de potestad.

El traspaso del poder máximo del *rex* a los Magistrados con *imperium*, y luego, la configuración de un poder jurisdiccional, en otras personas de menor rango, va organizando, mediante una jurisdicción delegada imparabile, la estructura política del Imperio Romano.

Es interesante hacer notar, que en su origen, la magistratura era electiva, renovándose anualmente, gratuita, pues era un honor sin que llevara consigo retribución alguna y que se nutría por cooptación o propuesta de los magistrados al Senado, de entre determinadas clases y familias nobles.

Luego se fue democratizando y se exigieron determinadas condiciones de elegibilidad, haber nacido libre, la edad, a partir de los veintisiete años y tener la plena ciudadanía (*lex Villia annalis*, del año 180 A.C.)⁵.

Desde el punto de vista jurídico, los pretores: urbano –para los ciudadanos romanos– y peregrino –para los extranjeros– junto con los ediles curules –ocupados de mercados, compraventa de esclavos y animales– van a ser los verdaderos primeros jueces romanos. A los que se suman los de provincias, municipios y colonias –*praefecti, legati*, etc.–

Su poder era muy grande. Porque podían dar edictos, decretos, interdictos y actuar en el proceso y fuera de él, guiando a los litigantes y celebrando juicios, sólo en horas diurnas, de forma oral, y con mayor o menor publicidad, pues a partir del siglo V se celebraban en el *secretarium*, sala separada con una celosía del pueblo, e incluso cubierta con un velo que sólo en contadas ocasiones se levantaba, y en la que actuaba el magistrado junto a las partes,

5. FRANCISCI, Pietro de “Síntesis histórica del Derecho Romano”, pág.130, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

los funcionarios y, excepcionalmente, algunas personas de relieve político a quienes se concedía tal honor⁶.

También existía el *iudex privatus*, designado por las partes o el magistrado, y que actuando en el *ordo privatorum*, resolvía las controversias, limitadas a las personas voluntariamente sometidos a él mediante un contrato arbitral.

A título de resumen de la historia romana en materia judicial, puede decirse que experimentó una transformación desde la jurisprudencia religiosa a la civil, de los jueces políticos a los jurisconsultos, y de la ley –Roma no fue un Estado de ley sino de Derecho, pues apenas se contabilizaron ochocientas en muchos siglos de existencia-⁷, a los principios jurídicos emanados de las respuestas judiciales a casos concretos.

2) El juez medieval.

La formación de la Administración de Justicia se desarrolla, realmente, entre la Baja Edad Media y principios del siglo XIX, con el impacto de las ideas de la Ilustración y la Revolución Francesa, como hito separador de la nueva etapa, la que discurre a lo largo del siglo XIX.

Es este un período en el que el Rey hace y aplica la ley, (la ley es *quod placuit regis*), si bien, poco a poco, en su nombre y por delegación del monarca, serán los jueces quienes se vayan ocupando de la función aplicativa.

Con todo, puede hacerse una diferenciación entre Inglaterra y el continente, que deriva tanto de la evolución histórica de las relaciones Rey-pueblo, como de la distinta naturaleza del derecho aplicado.

Y así, si bien en la Inglaterra medieval el Rey nombraba y separaba a su libre arbitrio, a los jueces, tras la Carta Magna, en 1215, éstos empiezan a dictar sentencias que resolvían en contra de los intereses del Monarca, abriéndose camino, progresivamente, la idea de la independencia judicial, unos incipientes derechos de los ciudadanos, aunque no fueran nobles, y, como consecuencia, adquiriendo un prestigio, reconocido en sueldos elevadísimos y una consideración a su poder, muy grande, porque el *common law*, como se sabe, permite un mayor margen de maniobra que en el sistema continental, la ley positiva⁸.

6. ALVAREZ SUAREZ, Ursicino en "Curso de Derecho Romano" Fascículo II, pág.186. IEP, Madrid.

7. PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo "La experiencia jurídica de Roma. Su proyección en el umbral del siglo XXI", pág.37.Tirant lo blanch, Valencia 1998.

8. SERRA CRISTOBAL, Rosario "La libertad ideológica del Juez", pág.18.Tirant lo blanch, 2004.

Ello contrasta con la diferente consideración del juez en las Monarquías europeas continentales, en las cuales la dependencia política de la judicatura fue muy superior, y el prestigio de los jueces y su consideración social muy inferior al juez anglosajón, que desde el principio fue un juez de élite, bien considerado profesional y socialmente, revestido de un estatus y boato procesal, indudables.

En ello jugará también un papel importante, la distinta concepción del papel de la ley y la jurisprudencia, debido a la evolución de las ideas y la política, pues en el continente, el juez evolucionará –como veremos- a ser considerado como “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, con el fin de maniatarle, dada la gran desconfianza que se le tenía. Todo lo contrario que en los países anglosajones, en los cuales el juez más que un funcionario será siempre un servidor de la Corona, que alumbró la ley, la interpreta conforme le parece y decide sin más, obteniendo claro reconocimiento y aprobación social.

Existe, por tanto, una absoluta unión entre la función política y la de administrar justicia, que, particularmente en el sistema continental, se traduce en los siguientes rasgos principales, propios de la actividad jurisdiccional:

- Falta de clarificación del plano orgánico-funcional. Las continuas influencias de lo político sobre la actividad judicial, con la intervención permanente del Rey, de forma directa o a través de los más altos funcionarios de su confianza, hacen imposible una estructura clara y bien delimitada de funciones y competencias de la incipiente judicatura de la época.

- Justicia “retenida”. La cual se concreta en la facultad de “avocación” por el Monarca de los asuntos que consideraba convenientes y en el nombramiento de jueces “ad hoc”, en comisión o pesquisadores –éstos, en el ámbito penal- para conocer de una determinada causa.

- Inseguridad jurídica absoluta. Se desconocía la ley aplicable, el juez que intervendría en un pleito, qué órgano acabaría conociendo el recurso y, por supuesto, no puede hablarse, apenas, de garantías procesales.

- Inexistencia de normas de procedimiento, suplidas por el “estilo” de los respectivos jueces. La carencia de un cuerpo procesal hasta el siglo XIX, va a hacer que sea el *usus fori* y algunas decisiones del Consejo de Castilla, quienes gobiernen el proceso, con notables diferencias entre unas partes y otras del territorio nacional.

Estas grandes líneas informadoras de la justicia medieval, se concretaban en una planta y en un modo de administración de justicia que, sintéticamente, exponemos:

La planta jurisdiccional, que pervivirá hasta el siglo XIX, tenía dos escalones principales: los jueces y los Tribunales. Los primeros en el ámbito del municipio y de la cabeza de corregimiento, y los segundos en espacios territoriales mayores, hasta culminar en el órgano supremo de la época, el Consejo de Castilla, de origen altomedieval.

Además, y perdiendo importancia progresiva, estaban los “adelantados mayores” y “merinos mayores”, órganos de control de los territorios fronterizos.

En el ámbito local, existían los alcaldes foreros y ordinarios (elegidos por los concejos de los pueblos, anualmente); los alcaldes mayores, nombrados por el Rey en las ciudades que no eran cabeza de corregimientos y muchos de los cuales eran letrados; y los corregidores, el Juez de la época de los Reyes Católicos, que era el equivalente al juez de primera instancia e instrucción y resolvía los recursos de los órganos inferiores.

En el ámbito provincial, extendiéndose sobre amplios territorios que comprendían varias provincias, estaban las chancillerías, integradas por jueces de prestigio, que se llamaban oidores (si eran del orden civil) y alcaldes (del orden penal), primero actuando de forma itinerante y luego con sede fija (Valladolid, Ciudad Real, Granada, Galicia, Sevilla, Canarias), ocupándose de la apelación y, en primera instancia, de asuntos importantes.

Y finalmente, el Consejo de Castilla, formado por jueces letrados con experiencia, que se dividía en diversas Salas y tenía competencia nacional.

En cuanto a la organización de la Administración de Justicia, destacó pronto la figura de los “escribanos”, porque desde el siglo XIII la escritura se va imponiendo, y, especialmente en el escalón local, los jueces eran legos e incapaces de documentar lo que sucedía en las audiencias.

Al mismo tiempo, se empezó a considerar la necesidad de que los jueces residieran en el lugar en que impartían justicia y que tuvieran un horario para las vistas y audiencias.

Pero estas pequeñas normas, fruto de la costumbre forense, chocaba con una realidad: el desorden y falta de autoridad de los

jueces, que propiciaba vistas ruidosas, con intervenciones del público, discusiones entre jueces y letrados, discursos interminables de éstos, y, como consecuencia, una justicia lenta, plagada de recusaciones y en la que se iba imponiendo un lenguaje técnico y hermético, que separaba a la sociedad de la Administración de Justicia.

Además, y con la idea de “solucionar” los males dichos, se trató de conferir más autoridad a los jueces, al modo anglosajón, mediante la disparatada idea –pues España no era Inglaterra– de que las sentencias no se debían motivar para aligerar las resoluciones y evitar los recursos.

Y así, Carlos III en 1778, en la Novísima Recopilación, dispuso: “Mando (se) cese en la práctica de motivar las sentencias, ateniéndose a las palabras decisorias, y que el resto de los tribunales dejen de motivar las sentencias.” La idea era que las fórmulas y no la fundamentación, era lo importante de un pleito, los cuales empezaron a concluir con el conocido “Visto lo visto, fallamos...”⁹.

3) El juez de la Revolución Francesa.

El movimiento de ideas que pone en marcha la Revolución Francesa, parte de la idea rusioniana de que el hombre es bueno por naturaleza y que son las instituciones las que lo han corrompido.

Por otro lado, al defenderse un individualismo a ultranza, que confía a las instituciones su felicidad, a través de un “pacto social” entre gobernantes-gobernados, titulares de los derechos, se hace descansar en la “voluntad general”, el fundamento de la ley democrática.

Esa nueva concepción de la sociedad, en la que “la voluntad general tiene siempre razón” y los hombres son esencialmente iguales, postulará un régimen político sin intermediarios –ROUSSEAU detestaba los partidos políticos– que dará lugar a un cruento enfrentamiento entre Ejecutivo y Legislativo –Directorio vs. Asamblea– con olvido del Judicial, reducido a la nada, prácticamente.

Por eso, MONTESQUIEU pone a los Jueces en el lugar que cree les corresponde, y que no es otro que el de ser “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”, propiciándose su elección popular y convirtiéndolos en meros aplicadores automáticos de la ley.

9. María José GANDASEGUI en “Historia del lenguaje judicial”, en Lenguaje judicial, CGPJ, 1998, estudio de mucho mayor calado del que augura su título, dice que esta disposición no fue tan seguida en el Reino de Aragón y Mallorca.

Se sustituye, pues, un sistema “en que los cargos judiciales eran como regla general venales y excepcionalmente por comisión libre del monarca”¹⁰ por otro, de elección.

El sistema duró poco, ya que fue eliminado por Napoleón, y la Ley 20-4-1810 lo sustituyó por el de nombramiento por el Ministro de Justicia entre licenciados en derecho con pasantía de dos años en un despacho de abogados (el concurso u oposición, no llegó hasta el Decreto 13-2-1908).

En ese período turbulento de la Revolución Francesa –como dijera CARRÉ DE MALBERG- “Al principio, la Asamblea Nacional de 1789 no vio en la función jurisdiccional sino una función de aplicación de las leyes...la Constitución de 1791, aunque en apariencia y desde el punto de vista orgánico asigne la dignidad de tercer poder a la Justicia, se (ha) atendido, en el fondo y desde el punto de vista funcional, al concepto de los dos poderes”¹¹.

El Juez, fuera de los dos verdaderos poderes en liza –Legislativo y Ejecutivo–, aparece como un simple agente del Estado, que mecánicamente debía aplicar la ley.

Se alumbró, pues, la idea del juez funcionario, cuya cristalización tendrá lugar durante el liberalismo (siglo XIX) y que llega, posteriormente, hasta la II Guerra Mundial en Europa, y 1978, en España, a lo largo del siglo XX.

4) El juez funcionario.

Los rasgos que definen al juez del siglo XIX, “el juez burócrata o funcionario”, son: poco prestigio social, mala selección, escasa retribución, intromisión política permanente en los nombramientos y ceses, y, como consecuencia, carencia de una verdadera independencia.

Hasta 1870, que se instaura el régimen de oposición, la cosa no empieza a cambiar. En efecto, el sistema de selección va a tener una gran importancia para propiciar la independencia y una mejora del estatus y respetabilidad de los jueces.

El “juez funcionario”, es un juez con control ideológico, selección endogámica y positivismo dogmático. Técnicamente resulta un “operador legal-racional, un aplicador técnico del derecho”. Y

10. DIEZ PICAZO, Luis María “El sistema francés de acceso a la judicatura: selección y formación inicial”, p.43, en El acceso a la Función Judicial. Estudio comparado. MFC-CGPJ, 2001.

11. CARRÉ DE MALBERG “Teoría general del Estado”, pág.653, FCE, México 1998.

éticamente con “notable proclividad al integrismo religioso-moral”¹².

Se le presenta –basta ver las conocidas ilustraciones de Daumier- todo vestido de negro, envuelto en un ritual cuasi sacerdotal, administrando una justicia distante, monologante y autoritaria, desde la *intime conviction* en la que se ha querido ver su refugio anticontrol, en materia de valoración de la prueba o en el generoso uso de la prisión provisional¹³.

Por otra parte, y hasta la Ley provisional de organización del Poder Judicial de 1870, la Justicia española es una justicia antigua que inicia el siglo XIX con una “justicia retenida” –el Monarca puede avocar un asunto–; siguen existiendo numerosas jurisdicciones especiales –clérigos, militares...–; el Supremo Tribunal de Justicia recibe instrucciones del Gobierno; los nombramientos son temporales –ARGUELLES:” que la duración de su cargo (de los Jueces) dependa absolutamente de su conducta”¹⁴–; las retribuciones, escasas, se complementan con aranceles, y las depuraciones –la cesantía, propia del funcionariado del siglo diecinueve, afecta de lleno a los jueces y magistrados- y los permanentes cambios de la cartera del Ministerio de Gracia y Justicia¹⁵, configuran una situación de inestabilidad, descontento e intromisión gubernamental permanente.

En este período, las incompatibilidades brillaban por su ausencia, siendo la “acumulación de cargos”, moneda común: los Magistrados de Consejos, Audiencias y tribunales territoriales ejercían comisiones especiales y desempeñaban cargos, al margen del judicial, tales como miembros o Presidentes de Juntas como la de Sanidad, de Gremios, del “Honrado Concejo de la Mesta”, gobernador de la real casa de Hospicio, etc.¹⁶

Se suceden, igualmente, curiosas normas que tratan de aportar “ética” a un estado de cosas, como el descrito. Y así, el Decreto CLXVIII de 3-6-1812 exigía, para ser nombrado juez, “gozar de buen concepto en el público, haberse acreditado por su ciencia, desinterés y moralidad, ser adictos a la Constitución de la Monarquía, y haber dado pruebas en las circunstancias actuales de estar por la independencia y la libertad política de la Nación” (por cierto, no se exigió ser Letrado, hasta el Decreto CII de 9-10-1812).

12. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto “Ética de la función de juzgar” p.71, en *Ética de las Profesiones Jurídicas*, Universidad Pontificia de Comillas, 2001.

13. *Id.* p.73

14. Discurso Preliminar de la C.1812, atribuido a Agustín ARGUELLES.

15. Hasta 22 cambios hubo entre 1856 y 1868, ocupándose la cartera interinamente por el Ministro de Gobernación con cierta frecuencia, APARICIO MA, “El status del PJ en el constitucionalismo español (1802-1936)”, p.81, Univ. de Barcelona, 1995.

16. MOLAS RIBALTA Pere “Los Magistrados de la Ilustración” p.32, CEC-BOE, Madrid, 2000.

Otro decreto, éste de 6-10-1835, mandaba que no se propusiera para jueces letrados y ministros togados más que a sujetos que tengan “además de la probidad, pureza, fidelidad, buena fama, inteligencia y aplicación indispensables, la experiencia y práctica que sólo se adquieren con el manejo de los diferentes negocios forenses en sus diversas graduaciones”.

El primer Reglamento del Tribunal Supremo de España e Indias, de 17-10-1835, pedía a los Ministros del Tribunal ser “puntuales” en la asistencia diaria, estar con “la mayor compostura y decoro”, tratar a todos con “la consideración debida” y guardar en las deliberaciones “el comedimiento y la urbanidad “ que requieren (Art.33).

El Real decreto de 29-12-1838, exigía como “requisito indispensable” para los ascensos, gracias o promoción “la buena conducta moral y política del interesado”, y el de 1-5-1844 consideraba “la moralidad, la rectitud y la imparcialidad”, virtudes que siempre han formado parte de “la esencia de la buena administración de justicia”.

Y para terminar esta breve muestra, la Real Orden “recomendando a la Magistratura la necesidad de administrar pronta, recta e imparcial justicia” de 14-3-1863, indicaba que las “delicadas y augustas funciones” de jueces y magistrados requiere “una laboriosidad incansable, un estudio continuo del derecho, un celo jamás interrumpido y un ardiente amor a la justicia, virtud primera y compendio de todas las virtudes”, y que para ello “el derecho y la razón deben ser el único norte de los Jueces, impasibles como la ley misma; porque el Magistrado es el órgano de la ley; es la ley que habla”, lo cual conseguirán observando “la moralidad, la rectitud y la imparcialidad que, unidas a la inteligencia, constituyen el buen desempeño de sus importantes funciones”.

En esta interesante disposición se alertaba de los peligros de atender “al espíritu de partido”, a “las insinuaciones de los poderosos”, a “la voz de la amistad” o a “las lágrimas del pobre y desvalido”, recordando que no basta que las decisiones sean justas, pues “es preciso que sean prontas, sin faltar a los trámites y términos prescritos por las leyes; porque la justicia indebidamente retardada se convierte en injusticia manifiesta” y dicha exigencia, está reclamada, igualmente, por “el bien público” y ha de redundar “en pro del buen nombre de los Jueces y Magistrados de la nación y de su merecido prestigio, y del respeto, distinción y consideración que tanto han menester los encargados de administrarla”.

La situación empieza a cambiar, lentamente, con la Ley

provisional de 1870, porque aparece por primera vez un estatuto judicial, creándose un verdadero cuerpo funcional, reclutado –principalmente– por oposición y asegurándose la inamovilidad, sólo amenazada por causa de la responsabilidad disciplinaria establecida en la ley.

A pesar del evidente progreso, había factores que dificultaban la existencia de una verdadera independencia judicial:

- En cuanto al nombramiento, se exigía, además de 23 años y ser licenciado “en Derecho Civil por una Universidad del Estado”, tener “certificado de aptitud” y carencia de antecedentes que lo “hicieran desmerecer del concepto público” (Art.110. ap.9 y 10 LO 1870).

- La destitución era posible “por no ser dignos de continuar ejerciendo las funciones judiciales a causa de su conducta viciosa, comportamiento poco honroso o habitual negligencia”, cláusula tan amplia, como se ve, que seguía poniendo en manos del Poder Ejecutivo, la suerte de los jueces, ya que a ello, se añadían cláusulas como “hechos que los hicieren desmerecer en el concepto público” o “consideraciones de orden público muy cualificadas”.

Por otro lado, aunque la Constitución de 1869, estableciera, enfáticamente en su Art.94, que “El ingreso en la carrera será por oposición” –lo cual no era ninguna minucia, en un régimen que basaba el nombramiento y los ceses en las afecciones/desafecciones políticas¹⁷–, no se excluía el “cuarto turno”, ya que el Rey, a propuesta del Consejo de Estado, podía nombrar hasta la cuarta parte de magistrados de las Audiencias y del Tribunal Supremo.

De este sistema complementario, positivo en principio, si hubiera respondido a las expectativas de la Exposición de Motivos de la Ley adicional a la orgánica del PJ, de 1882, que la hacía descansar en la necesidad de contar con la experiencia de Abogados y personas de reconocida competencia, se siguieron, sin embargo, nefastas consecuencias.

En efecto, fue calificado de “práctica claramente clientelar”, con la que los sucesivos gobernantes se dedicaban a “repartir y canibalizar el Estado, hacer jirones la administración para contentar

17. El sistema de “depuraciones” en el que los puestos importantes –y menos importantes –en la administración de justicia, eran parte del “botín” del partido vencedor, fue la tónica del siglo XIX, especialmente entre 1812 y 1868, como puede apreciarse en las obras de SAINZ GUERRA “La Administración de Justicia en España 1810/1870”, Teudema, 1992; Marta LORENTE “Reglamento provisional y administración de justicia 1833/1938...”; ALEJANDRO NIETO “Concepciones burocráticas y reformas funcionariales”, Estudios Históricos sobre Administración y Derecho Administrativo, Madrid 1986 o SERRANO GONZALEZ “Chocolate a la española: formación y afección de jueces en el siglo XIX”, Nápoles 1994.

a sus militantes”¹⁸, dando lugar a “abusos”, “particular nepotismo”¹⁹, y origen de “favoritismos, postergaciones injustificadas y desmoralización interna en la Judicatura”²⁰, todo lo cual llevó a su desaparición y al establecimiento de la oposición, mediante Decreto de 30 de marzo de 1915, como exclusivo modo de ingreso en la carrera judicial.

Los años que siguieron, Dictadura, II República y Estado franquista, ofrecieron un pasado de intensa politización y escasa mejora en los resultados de la Administración de Justicia y en el alumbramiento de una judicatura más independiente y mejor considerada. Por ello, no nos parece demasiado interesante, profundizar en dicha etapa, que no es sino una continuación del estado de cosas de la Restauración, en el que aparece el modelo de carrera judicial funcional, con la diversificación de categorías en jueces y magistrados de entrada, ascenso y término; nombramiento de los integrantes de la cúspide judicial por el Gobierno; sistema de oposición, como modo predominante de acceso; inamovilidad y antigüedad rigurosa para los ascensos; corporativización en la Dictadura primoriverista con la creación del “Consejo judicial”, integrado por la cúpula judicial, nombrada por el Ministerio de Justicia que expedía la declaración de aptitud para los ascensos; jubilaciones anticipadas de la gerontocracia judicial por la II República...

II. La función jurisdiccional: la legitimidad del juez actual.

Desde el punto de vista constitucional, podemos definir la jurisdicción como la realización del orden jurídico, a través de la actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado por medio de jueces y tribunales independientes, inamovibles y responsables, sometidos únicamente al imperio de la Ley (Arts.117 CE y 2 LOPJ).

Con ella, se trata de realizar la *iuris dictio* mediante el examen y resolución de pretensiones de parte, mediante su formalización en un proceso, a fin de restaurar el orden jurídico violado o de declarar lo que es conforme a derecho en cada caso, administrando o impartiendo Justicia²¹.

Por otro lado, y como complemento, los jueces, además de la función jurisdiccional, realizan las funciones de Registro Civil

18. VARELA ORTEGA J. “Sobre la naturaleza del sistema político de la Restauración”, p.187, en AA.VV Nación y Estado en la España Liberal, Editorial Noesis, 1994.

19. El Ministro GROZARD había colocado, por el cuarto turno, hasta a nueve familiares y miembros de su distrito electoral, de Don Benito, (Badajoz), según denunciara el diputado ovetense Sr.Uría (dato recogido por VILLACORTA BAÑOS F. en “Profesiones y burocratas. Estado y poder corporativo en la España del siglo XX” Ed. Siglo XXI, Madrid.

20. Eduardo DATO en el preámbulo del Dto. de 22-12-1902.

21. URBANO CASTRILLO E.de en “La Jurisdicción desde una perspectiva constitucional”, Revista de CC.Jurídicas de la Facultad de Las Palmas de GC, nº 3, 1998.

y las demás que le otorguen las leyes (Art.2.2 LOPJ), entre las cuales destaca por su importancia, la relativa a la Administración Electoral.

Se ha dicho que la actividad judicial comprende tres actividades: la de investigación y estudio de los hechos (de naturaleza sico-sociológica); la aplicación de la norma (jurídica) y la decisión (crítico-normativa).

Para ello, se demanda de la función judicial un conjunto de cualidades: "juicio objetivo e imparcial sin acepción de personas, clara visión de los hechos, conocimiento seguro de los hombres, entereza respecto del superior, benevolencia para con el inferior, inhibición de la personalidad, relegándola a un segundo término en beneficio de la causa misma y, en definitiva, de la colectividad o aun de la misma humanidad, eliminando toda influencia partidista"²².

En esta compleja tarea, el juez, "un especialista de la decisión", esencia de su labor profesional y elemento diferenciador de los otros intervinientes del proceso, no puede ser ajeno a planteamientos éticos.

Como se ha dicho, impartir Justicia, es mucho más que conocer el derecho y aplicar una o varias normas jurídicas. La ética aporta en esta tarea, la función de "determinar lo que se ha de hacer o no se ha de hacer"²³.

Han de tenerse presente pues, los valores que fundamentan la actuación práctica jurisdiccional, los cuales se hayan conectados al respeto y defensa de la dignidad humana, cuya manifestación más pura son los derechos humanos.

Al respecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos constituye "la mayor prueba histórica que nunca ha existido del *consensus omnium gentium* acerca de un determinado sistema de valores"²⁴.

Esa consideración permanente de los referentes éticos, que se encuentran en la propia conciencia del juez, exteriorizables a través del ejercicio de sus virtudes y cumplimiento de sus deberes profesionales, ha de aplicarse ante la situación actual de "avalancha normativa" que por su cantidad y complejidad, sustantiva y procesal, convierten en "un mito absolutamente irreal" el postulado clásico del *iura novit curia*.

22. SAUER Wilhelm en "Filosofía jurídica y social", pág. 303, Editorial Labor, Barcelona, 1933.

23. RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María en "Moralidad, derechos, valores", pág. 18, Civitas, 2003.

24. BOBBIO, cit. por Rodríguez Paniagua en op.cit pág.68.

La función jurisdiccional de esta época, se centra, pues en el muy difícil empeño de localizar la norma o normas aplicables y de alumbrar su “sentido jurídico” en el contexto real del caso, cuestión en la que no es ajena el comportamiento procesal de las partes (con sus aciertos y desaciertos).

Ante este discurso, pueden surgir voces críticas de cuño positivista que pueden no haber reflexionado en lo que hoy constituye una obviedad: “Hitler no habría quizá logrado implantar su dictadura sin la obediencia de los jueces”²⁵.

De ahí la importancia del ejercicio de la función jurisdiccional desde planteamientos de reflexión crítica e independencia, necesarios para desarrollar la labor jurisdiccional de modo constitucional, pues ésta supone un lenguaje que clarifica, en cada caso, la abstracción normativa, imponiendo un determinado sentido.

En tal sentido, la responsabilidad ética que se pone en manos del juez es grande, porque en ese ejercicio permanente de reflexión crítica y de pretensión de hacer justicia en el caso, están presentes también sus *pre-cognitios*, lo que le obliga a luchar por ser verdaderamente independiente, y practicar la “obediencia pensante” (HECK) a la ley, porque sin una adecuada precomprensión no se accede a los problemas jurídicos relevantes, tanto en su entendimiento como en sus consecuencias.

Sentido de la realidad, es decir, texto y contexto, elemento objetivo y subjetivo, que debe resumirse en la búsqueda de alcanzar la justicia, el más alto fundamento de la convivencia humana y expresión central del mundo ético y de los valores.

Sin duda, esto lleva a la legitimación de la decisión sobre un consenso ético amplio, que por tanto, resulta incompatible con decisiones singularizadas, estrambóticas, faltas de sentido común o imprudentes que causan escándalo social y que, por tanto, carecen de verdadera legitimación, que no la da –como veremos más tarde– la mera apelación al juicio que basado en la fórmula de acatamiento al imperio de la ley, se emplea para hacer lo que a uno le parece o como a uno le parece.

En este marco constitucional, tiene sentido abordar el tema de la legitimidad del Juez, la cual puede examinarse, desde dos perspectivas: una formal, de corte legal y otra, material, que atiende a los contenidos legitimadores.

25. OLLERO Andrés id. pág.289.

Desde la primera, la legitimación actual del juez, deriva de la *suprema lex*, que establece que todos los poderes emanan del pueblo (Art.1.2 CE).

Desde la segunda, porque la razón de ser de la autoridad judicial reside en ser el garante último de los derechos ciudadanos, de conformidad con el orden jurídico vigente²⁶.

De este modo, el juez no debe tener complejo de déficit democrático, porque ha sido la comunidad, a través de la Norma Fundamental, la que ha establecido cómo se configuran los distintos poderes y órganos constitucionales, remitiendo a normas de rango inferior el concreto modo de articular su selección y el estatus de sus miembros.

En cuanto a su legitimación material, el “parámetro de la ciudadanía”, aporta “criterios de sociabilidad” que sirven para la validación de la actividad jurisdiccional, siempre que se observen las normas y los principios y valores sociales²⁷.

Existe, por tanto, una legitimación de origen –empleando la conocida clasificación de Max WEBER- que debe ser revalidada en la magistratura de ejercicio.

Por eso, hay una necesidad de ganar la legitimidad de origen, evitando dos males que deslegitiman, podríamos decir, el ejercicio de la función, a pesar de que no supongan la comisión de delitos ni de otra clase de ilícitos.

Nos referimos, en concreto, a los modos de tomar la decisión: la rutina decisional y la decisión apodíctica. Ambas encierran una misma cosa: la falta de reflexión y de estudio suficiente, al tiempo que un desprecio a la ley, en cuanto suponen decidir sin la debida motivación.

La primera tiene que ver con la soledad del juez. CARNELUTTI habló de que “el drama del juez es la soledad...pero sobre todo, el drama del juez es la costumbre”. El acostumbramiento que lleva a la inercia, a la rutina y por tanto, a no profundizar en la decisión, que supondrá, probablemente, errores o decisiones faltas de la debida motivación.

El segundo mal, también lo señala el profesor italiano: “Temo al Juez demasiado seguro de sí mismo, que llega enseguida a la

26. DWORKIN, Ronald “Los derechos en serio”, Editorial Ariel, p.146, Barcelona, 1999.

27. VILATA MENADAS, Salvador en “Sobre la Ética Judicial”, pp.72, 73 en De la Justicia y de los Juristas, Generalitat Valenciana, 2001.

conclusión”. La decisión hiperrápida, no contrastada suficientemente, supone una falta de ponderación, que se concreta en decisiones que pueden ser equivocadas, por precipitadas, y, en todo caso, faltas de la necesaria evaluación de todas las circunstancias y datos del problema.

El fundamento, pues, de la legitimidad del Poder Judicial –a la luz de la Constitución- “está precisamente en que aplica la Ley. Y, justamente por ello, es imprescindible la motivación de las sentencias”²⁸.

Ese es el único modo de apartarse de la arbitrariedad decisonal, la manifestación actual seudodemocrática, del despotismo absolutista del Antiguo Régimen.

La legitimidad del juez se erige, en nuestra época, en el patrón de la dignidad de una función, tan democrática como la legislativa o judicial, pero que en atención a su especificidad, requiere de expertos jurídicos que han de unir a ello, una conducta apropiada para el desempeño de tan alta como delicada misión.

La preocupación generalizada en el ámbito del derecho comparado y en el orden internacional por establecer Códigos Éticos, creemos servirá para facilitar el conocimiento de que la función jurisdiccional no consiste sólo en qué aplicar sino, igualmente, en cómo resolver.

Porque, en definitiva, la legitimidad , como sucede con los políticos, no es solo cuestión de un día –el de la elección- sino que ha de renovarse día a día, con una labor de respeto a la legalidad y a los compromisos éticos personales y con la ciudadanía.

Por otro lado, la Constitución española de 1978, ha supuesto una novedad de primer orden, imponiendo al intérprete la necesidad de tener en cuenta el “principio de constitucionalidad” que obliga a procurar una interpretación conforme a la Constitución, de cualquier norma que pretenda ser aplicada, y, al tiempo, una valoración constitucional de todas las cuestiones jurídicas, ya que desde el día 29-12-1978, “los problemas jurídicos de la vida diaria se estudian ante todo a la luz de la Constitución”²⁹.

El juez alumbrado por la Carta Magna, es un juez constitucional, sujeto, exclusivamente, al “imperio de la ley”(Art.117.1 CE), expresión que ha de entenderse como sinónimo de

28. DELGADO BARRIO, Javier en “El juez en la Constitución” pág.123 en Constitución y Poder Judicial, CGPJ, 2003.

29. DELGADO BARRIO, Javier en op.cit. pág.115.

ordenamiento jurídico (Art.9.1 CE), lo que incluye la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, es decir, no sólo la Ley sino también el Derecho, que se concreta en los principios generales del Derecho, especie de “convicciones ético-jurídicas” fundamentales de una comunidad que son como el oxígeno que respiran las normas³⁰.

El juez de la Constitución ha de tener siempre presente “los valores cardinales del ordenamiento (Art.1.1 CE), entre los cuales al juez corresponde mediante la aplicación de una norma de medida –como es la justicia- “resolver” los casos, uno a uno, que le son sometidos, buscando hallar “la solución justa” que corresponda, en cada ocasión³¹.

En dicha tarea, el juez está obligado a prestar la “tutela judicial efectiva” porque la Constitución no es un mero catálogo de principios declamatorios sino un aspiración ética y real, de lograr una protección y defensa de los derechos ciudadanos, de modo real y verdadero, es decir, efectivo, que es lo opuesto a nominal o aparente.

Por eso, para procurar que los jueces ejerzan su papel de garantía de los derechos fundamentales, fundamento de toda legitimidad política, la Constitución dibuja un detallado “estatuto judicial”, indicando que los jueces son profesionales de carrera, constituyendo cuerpo único, independientes, inamovibles y responsables.

Para el correcto funcionamiento de ese estatuto, el juez ha de actuar con “imparcialidad”, principio ausente del texto constitucional, sin duda, porque es consustancial a la función jurisdiccional, que implica una actividad de mediación y decisión, realizada con “desinterés objetivo” en cada caso.

En esta tarea y por respeto al principio de división de poderes y separación de funciones, el juez ejerce con “exclusividad” la función jurisdiccional, lo que significa que aspectos esenciales –como la imposición de penas o el control de la actuación administrativa – son inmunes a la intervención de los otros Poderes, que deben cooperar con el Poder Judicial y cumplir las sentencias y resoluciones firmes (Arts.118 CE y 17 LOPJ).

Pero, al tiempo, los jueces y magistrados responden de las consecuencias de sus actos y conductas irregulares, mediante la posibilidad de exigirles “responsabilidad” civil, penal y disciplinaria.

30. Id. pág.124.

31. SAINZ DE ROBLES Federico Carlos op.cit. pág. 145.

(Arts. 117.1 y 16 LOPJ).

Pero sin duda, todo este cuadro de garantías, derechos y deberes, conformador de un auténtico “estatuto judicial” se orienta a asegurar la independencia judicial (Arts.117.1 CE y 12 y 13 LOPJ).

Los órganos judiciales no están sujetos a jerarquía, no obedecen a unos inexistentes “jefes” ni están sometidos a indicaciones o instrucciones de ninguna clase, porque sólo de ese modo puede ejercerse la función jurisdiccional de modo libre y responsable.

El juez no puede admitir presiones de ningún otro poder ni siquiera de los órganos judiciales de autogobierno o de aquellos que están situados en la cúspide de la pirámide jurisdiccional. Ningún poder o autoridad puede fiscalizarle, sin perjuicio de las competencias en materia disciplinaria que corresponden al CGPJ.

Pero ello no significa que el juez no deba, para fortalecer su independencia, recibir la información y las actividades formativas, que le ayuden a tomar del mejor modo posible, sus propias decisiones, exclusivas en el ámbito de su competencia.

Aquí entran en juego las exigencias éticas implícitas en un Estado social y democrático de Derecho, que la Constitución debe ayudar a hacer posible, mediante los principios, valores, derechos fundamentales y demás normas que contiene.

III.- Exigencias éticas: la prudencia, virtud judicial por excelencia.

Sin duda una de las virtudes más apreciadas en nuestra sociedad actual es la prudencia. Las personas que saben más, por su experiencia o formación, la tienen frecuentemente en su boca: “hay que ser prudente”, “ten prudencia, espera un poco”, “sé prudente, no te precipites”, son recomendaciones usuales, que en todo tipo de situaciones, y especialmente en las más importantes, hay que tener en cuenta.

Y en efecto, la prudencia no es un ingrediente cualquiera de las cosas de la vida sino que tiene la categoría de “virtud intelectual”, desde que Aristóteles en su inmortal “Ética a Nicómaco” lo dejara bien claro: El hombre prudente es “el ser capaz de deliberar rectamente sobre lo bueno y conveniente para sí mismo (y) en general”.

Y “la prudencia es un modo de ser racional, verdadero y práctico respecto de lo que es bueno y malo para el hombre”; la prudencia requiere experiencia, por eso los jóvenes no parecen

poder ser prudentes y, en el fondo, “toda virtud es una especie de prudencia”³².

Pero conviene profundizar un poco, sobre la prudencia en el ámbito jurídico, y en especial, en relación al papel de los Jueces, al respecto.

Y así, hemos de recordar que *iusprudens*, designaba en Roma, al hombre con experiencia en lo justo (“*iusperitus*”), que respondía a cuestiones sobre ello, del mismo modo que nuestra expresión “jurisprudencia” abarca lo prudente y lógico, que debe decirse del derecho.

Pero curiosamente, el arte de encontrar “lo justo concreto”, en cada caso, que contó en el derecho romano con juristas de la talla de Papiniano, Ulpiano, Gayo, Paulo y Modestino, fue derivando con el transcurso del tiempo, hacia un descrédito del término *prudencia* que se consideró sinónimo de actitud apocada y el “prudente” pasó, de ser tenido por un virtuoso, a timorato.

Sin embargo, desde el siglo pasado, se ha vuelto a reconocer la importancia de la “prudencia jurídica”, indispensable para el acierto de los fallos, pues la recta determinación de lo justo *in concreto* “sólo se puede lograr ejerciendo la virtud de la prudencia”³³.

Y podemos considerar “prudente” a quien al obrar piensa en las consecuencias y previene las dificultades que pueden salirle al paso³⁴, no ya en el momento de decidir sino posteriormente, porque las cosas tienen un recorrido, a veces de más larga e insospechada evolución, de lo que pudiera pensarse, en un momento determinado, precisamente por eso, por no ser prudente al decidir.

Por eso la prudencia no es sólo una virtud intelectual –con la sabiduría, la inteligencia, el arte y la ciencia, como dejara escrito Aristóteles- sino que es también una virtud moral, que aplica los principios de la razón práctica (de la *phronesis* o sabiduría práctica, como dijera Platón en “La República”).

De ese modo, la prudencia, actuando sobre la inteligencia, “faculta a la razón para el conocimiento de qué cosa es el bien en cada circunstancia y cuál es el mal que debe ser evitado”³⁵.

32. ARISTÓTELES en op.cit. pp.275 a 290.

33. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina , 23-12-1980, Oñher, Juan Carlos c./ Arenillas, Oscar Norberto.

34. BOLNOW O.F. en “Esencia y cambios de las virtudes”, Madrid, Rev.de Occidente, 1960, págs. 163-164.

35. MASSINI Carlos Ignacio en “La Prudencia Jurídica” pág. 40 Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.

Y ello, como toda virtud, tiene también un efecto hacia el individuo que actúa prudentemente, porque “el prudente no sólo hace bien la obra, sino que “se” hace bien a sí mismo, se perfecciona en su dimensión más específica”³⁶, lo cual tiene una consecuencia de futuro de gran importancia, realizar actos prudentes, robustece la prudencia del que toma dichas decisiones, haciéndole adquirir una experiencia práctica, cada vez más valiosa y digna de reconocimiento.

Por eso, el juicio del juez debe ser una combinación de dos virtudes: justicia y prudencia, en cuanto todo juicio debe ser “pronunciado según la recta razón de la prudencia”³⁷.

Se oponen a la “decisión prudente”, tres vicios del razonamiento práctico, que deben evitarse: la “precipitación” que es el resultado de un actuar sin deliberación previa; la “inconsideración” cuando el juicio es defectuoso o incompleto; y la “inconsistencia”, que es el momento final de la decisión, resultado de alguna de las erróneas etapas anteriores³⁸.

Una decisión con estos vicios es radicalmente imprudente porque, respectivamente, no consideró el consejo o estudio, no tuvo en cuenta los medios adecuados o se lanzó a la decisión en un puro ejercicio de activismo. Y cualquiera de estos defectos hacen la decisión imprudente, y por tanto, injusta.

Se ha dicho que “la realidad jurídica es esencialmente judicial” porque aunque no sólo conste de decisiones de tal naturaleza, la última palabra de cualquier conflicto, está en manos de los órganos judiciales. Y es en su modo judicial, donde se puede apreciar más claramente si se han tenido en cuenta las notas y particularidades de la prudencia jurídica, porque “la prudencia judicial es, la prudencia jurídica por excelencia”³⁹.

Y concretando la idea, la justicia, en cuanto dar a cada uno lo suyo, requiere de la prudencia, que actúa como condición de su posibilidad de realización, pues le otorga su medida, el objeto y el modo de conducir la voluntad hacia el bien que se debe a alguien.

La acción justa incluye una serie de etapas a desarrollar: la deliberación, elección e interpretación de la norma, previsión de sus consecuencias y la decisión, en sí.

36. Id. pág. 41.

37. SANTO TOMÁS DE AQUINO II-II q.60, a.2.

38. Id. II-II q.53, a.3, a. 4 y a.5.

39. D'ORS, Álvaro en “Una introducción al estudio del derecho”, pp.18-19, Ed. Rialp, 1963.

El método de actuación judicial que parece preferible es el “deliberativo-prudencial”⁴⁰, el más propio del mundo jurídico porque une la perspectiva gnoseológica con la estrictamente práctica, alcanzada a través del perspectivismo –resuenan las ideas de ORTEGA- y del contraste de opiniones y valoraciones de los intervinientes en la preparación de la decisión y en la misma toma de la resolución.

Además -y ello obliga a un trabajo específico de atención y estudio individualizado- cada caso, por definición, es único e irrepetible, contando con datos de hecho, circunstancias y posibilidades de solución distintas.

Pero pasando ya a las distintas fases de aplicación de la prudencia a la decisión judicial, podemos distinguir:

La deliberación. Recae sobre realidades prácticas, contingentes, variables e indeterminadas, que es preciso fijar en la labor de *consilium* –propia de los Tribunales – pero que , con el análisis e investigación, en su caso, está igualmente al alcance del órgano individual.

Su fin, consistente en qué hacer en el caso, se alcanza con el detenido examen de todos los datos del problema, incluyendo los medios que mejor conducen a una solución justa, del caso.

Se trata de conseguir superar la controversia planteada, la cual se traducirá en una solución jurídica, que le corresponde hallar al juez y con la que se resolverá el problema objeto de discusión.

En esta fase, la experiencia juega un papel decisivo ya que es crucial observar las soluciones precedentes adoptadas en casos similares (jurisprudencia). Por eso, el juez experto o el inexperto que toma en cuenta soluciones anteriores, se constituyen en el modo adecuado de la solución prudente, al caso.

La inteligencia, la intuición que sabe discriminar entre el farrago de datos y pruebas, son fundamentales, en esta etapa, en que la observación y valoración de todos esos elementos, deben proporcionar la solución jurídica del problema.

La elección e interpretación de la norma es la siguiente etapa. Aquí es importante el conocimiento derivado del estudio y la actualización del juez.

40. MASSINI p.57.

Se trata de interrogar al ordenamiento en la búsqueda de la norma o normas aplicables al caso, lo cual exige una elección armónica y constitucional, dirigida a encontrar “el sentido normativo”, “el fin jurídico”, de la norma creada por el legislador⁴¹.

No es, pues, el “sentido doctrinal” el que nos interesa. La aportación de la doctrina científica, sin duda es digno de consideración pero las decisiones judiciales son decisiones en clave de justicia teóricas y no abstracciones derivadas de construcciones jurídicas teóricas.

En la interpretación jugará, sin duda, un papel capital el debate de las partes, pues de algún modo se trata de un esfuerzo común en el que los intervinientes van expresando sus pretensiones, alegatos y conclusiones, hasta que el órgano judicial, superando todas esas argumentaciones, se eleva por encima, resolviendo imparcialmente lo que considera es la decisión justa del caso.

La previsión de las consecuencias de la decisión. No es infrecuente que muchas decisiones de los Tribunales, tengan consecuencias más allá de las partes procesales, y aun en el supuesto de que parezca se resuelve, exclusivamente, una cuestión que sólo afecta a un ámbito restringido, deben preverse sus efectos.

La previsión de las consecuencias forma parte de una decisión prudente. Hay que tener en cuenta el “efecto dominó” de la decisión, porque se pone en marcha una “reacción en cadena” con múltiples consecuencias: personales, familiares, a los profesionales intervinientes, de ejecución por el órgano judicial, económicas, de constancia o antecedentes, etc.

En concreto, hay que valorar si la decisión es ejecutable y el costo o facilidad/dificultad de llevarla a cabo. Una decisión inejecutable en sus términos, no puede adoptarse así, es preciso modularla y hacerla viable.

Cierto que toda decisión, y especialmente las más importantes, suponen algo de “salto en el vacío” de “riesgo asumido” o de incertidumbre, porque nadie conoce el futuro ni tiene la “preciencia”, pero ponderar las consecuencias de lo que se decide, tras el amplio y abierto proceso de deliberación, es esencial para delimitar y disminuir la aletoriedad de toda decisión⁴².

La decisión o acto de *imperium*. El momento final de todo el proceso decisorio, concluye en el acto resolutivo, por el que, el

41. MASSINI op.cit. pág. 67.

42. Id. pp. 70-71.

Juez o Tribunal, en ejercicio del *imperium* del que legalmente está investido, ordena lo que considera corresponde al caso.

Es una decisión imperativa, que manda, y que no es sino la elegida entre las varias que cabían. En ella, deben brillar las notas de toda decisión prudente: solercia o sagacidad, que se ordena a una solución rápida y simple; razonabilidad, o concordancia con los cánones de la lógica; circunscripción, que implica el exacto conocimiento y comprensión de todas las circunstancias del caso; cautela, que previene de los riesgos que conlleva la decisión; y motivación, mediante la cual se expliquen los fundamentos de la decisión.

Concluimos, el proceso prudencial de la acción humanamente justa, incluye la deliberación, elección e interpretación de la norma, previsión de sus consecuencias e imperatividad de su contenido.

Para ello es preciso tener en cuenta el hecho en sí, con todas sus circunstancias y actuar, en la medida posible en cada caso, con la equidad, cuya estructura descansa en una concepción objetivista de los valores pues si concluimos en que justo es lo que cada cual considere, desaparecen los juicios de equidad y nos instalamos en el subjetivismo arbitrario.

En definitiva, la prudencia nos proporciona el modo racional-valorativo de aproximarnos a lo justo concreto, en cada caso. Implica un *processus*, pero no es una mera cáscara o envoltura formal, sino el modo de discurrir para aplicar juicios de valor, provenientes de normas y principios jurídicos, a fin de definir lo jurídico en cada caso, de hacer la *juris dictio*, que no es sino pronunciar el "juicio ético", o decisión que busca el bien, en concreto.

Una vez examinada la ética de la decisión, a través de la virtud consustancial con la función judicial -la prudencia-, hemos de señalar que la Constitución y la función que desarrolla el juez, imponen a todos los que ejercen la potestad jurisdiccional, el cumplimiento de una serie de exigencias de naturaleza ética, que resultan indispensables para el buen éxito de su trascendental tarea.

Seleccionamos como más importantes, las siguientes:

a) Formación.

Pocas profesiones, como la judicatura o las que integran las ciencias de la salud, necesitan, en tan gran medida, una permanente formación, de calidad y actualizada.

El tratamiento de la “patología social” requiere conocer la evolución del cuerpo social, no sólo desde el punto de vista normativo sino, simultáneamente, del rumbo, novedades y características configuradoras que van presentando sus diversas manifestaciones (económicas, culturales, instituciones, hábitos...).

Y por lo que respecta al mundo del derecho, ello es particularmente destacable porque “el juez ejerce la actividad jurídica más amplia” de todos los juristas, lo cual exige “una preparación especializada profunda”⁴³.

No puede extrañar, en consecuencia, que la “formación del Juez” haya sido considerado el “primero de sus deberes éticos”, a fin de que la última palabra, que le corresponde decir en todo debate entre particulares o frente a los poderes públicos, “sea también la palabra debida, en la medida de lo humanamente posible”⁴⁴.

Por eso, resulta necesario “una amplia formación jurídica y sociológica, junto con aquella “ética profesional” , que puede adquirirse del modo más seguro preparándose para la función judicial”⁴⁵.

Dicha formación, que constituye un “derecho” para cualquier trabajador –Art.23 del Estatuto de los Trabajadores- se configura como una exigencia social en cuanto sólo los profesionales preparados, especializados y dedicados, con especial empeño, a su tarea, están en condiciones de dar una respuesta rápida, de calidad y, en la medida de lo posible, acertada, en relación al caso sujeto a su conocimiento.

El Consejo de Europa viene insistiendo en los últimos años, en la necesidad de la cooperación entre los diversos Estados, para fortalecer sus relaciones en materia de selección y formación de jueces y fiscales.

Y se ha conectado esta cuestión con la independencia de los jueces, al señalar los lazos existentes entre ésta y la integridad y competencia profesionales, lo cual requiere de una selección basada en el principio del “mérito” y una formación (“*training*”) que tenga en cuenta teoría, conocimiento práctico y adquisición de habilidades profesionales (Lisboa, 27-28 de abril 1995).

Por otra parte, los Jueces gozan de un “derecho de formación”, a fin de que puedan realizar sus funciones con

43. SAUER W. Op.cit. pág.302.

44. SAINZ DE ROBLES, Federico Carlos op.cit. pág. 139.

45. SAUER op.cit. pág.303.

profesionalismo y diligencia (Estrasburgo 13-15 mayo 1996), lo cual incluye poder participar en actividades con universidades, instituciones europeas, acceder a una internet judicial y realizar prácticas y seminarios para familiarizarse con las normas internacionales y los distintos ordenamientos nacionales (Burdeos, 2-4- julio 1997).

Y es que la calidad de la justicia depende, en primer lugar, de la selección y los métodos para ello, de los jueces, pero luego, del estatuto de la “estructura de formación”, en escuelas judiciales e instituciones...a fin de adquirir conocimientos prácticos, facilitar la enseñanza de lenguas extranjeras y la adquisición de técnicas de gestión y organización directivas. (Ankara 23-24 marzo 2000)⁴⁶.

La formación, pues, constituye una exigencia ética de primer rango, que tiene la doble naturaleza de derecho-deber, pues en su adecuado y justo punto, ayuda a realizar una Justicia más pronta y de mejor calidad.

b) Independencia.

Como no podía ser de otro modo, la independencia es la primera característica del poder judicial que enumera la Constitución (“La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes...” , Art.117.1 CE).

Es el elemento consustancial a la función jurisdiccional porque sin independencia no es posible ejercer la Justicia. Y es que, como se ha señalado, el contraste entre la independencia judicial y la dependencia de las autoridades administrativas es el elemento crucial para comprender el dualismo entre jurisdicción y administración, pues mientras en la primera predominan las relaciones de coordinación, en la Administración es la subordinación, la prevalente⁴⁷.

En esta capacidad de decisión libre, porque no se depende de ningún otro poder ni instancia, radica el depósito de confianza de la sociedad en sus jueces, garantes últimos de sus derechos y pieza insustituible del Estado de Derecho.

Por eso el régimen de garantías y responsabilidad disciplinaria estatuido: inamovilidad, incompatibilidades, sometimiento a la ley

46. “Cooperation Programmes to Strengthen the Rule of Law” Estrasburgo 30 de Agosto 2002, Consejo de Europa. (Documento facilitado por Félix ÁZÓN , Magistrado de la Escuela Judicial de Barcelona , a quien agradecemos tan valiosa colaboración).

47. Los trabajos de MERKL, tras estudiar a STEIN y las teorías al respecto de CHIOVENDA , son examinados, a este respecto, por GOMEZ ORBANEJA y HERCE-QUEMADA en “Derecho Procesal Civil I”, 1979, pp.55 y ss.

y prohibición de afiliación o desempeño de cargos en partidos políticos y sindicatos, ha de entenderse en el sentido de garantizar este principio capital.

Por otro lado, la independencia, “valor en alza”, “valor político” del Estado democrático, en cuanto ayuda al contrabalanceo entre los distintos Poderes, tiene carácter instrumental, en cuanto es el presupuesto para el ejercicio imparcial de la función jurisdiccional y de la concreta decisión final a adoptar en el proceso⁴⁸.

Una Justicia “vinculada sólo al Derecho”⁴⁹, en la que los jueces, al aplicarlo, están situados fuera de la jerarquía de los órganos del Estado, no puede suponer una ejecución pasiva o mecánica de la política legislativa⁵⁰, razón por la cual es defendible una justicia activa, enérgica y que luche contra los obstáculos que se alzan a la efectiva tutela judicial (Art.9.2 y 24.1 CE).

Por eso la radical diferencia entre el poder político, que actúa desde criterios de oportunidad y el juez, que actúa las normas que ordenan en Derecho la sociedad, lo cual, aunque le haga partícipe en la configuración del orden político, exige de él una posición de distanciamiento, porque el juez no hace política sino Estado⁵¹.

Por último, la propia naturaleza del trabajo judicial, vinculado al proceso concreto de que conoce, le aparta de pretensiones generalistas que sí tienen la ley o la decisión de gobierno y le impele a buscar la justicia del caso, razón de ser última, de la función jurisdiccional.

c) Imparcialidad.

Con un ámbito más reducido que la independencia, pues se proyecta sobre las partes del proceso, la imparcialidad es otra exigencia ética de primera importancia, para un recto ejercicio de la función jurisdiccional.

En tal sentido, el Art. 2.2 de la Declaración Universal sobre la Independencia de la Justicia, Montreal 10 de junio de 1983, dice “Los jueces individualmente deben ser libres. Su función consiste en decidir los asuntos desde su imparcialidad, y de acuerdo con su

48. REVENGA SÁNCHEZ Miguel en “Independencia y responsabilidad del Juez: Dos valores enfrentados. El reciente debate italiano” pág. 51, PJ nº 14, Junio 1989.

49. LARENZ K. “Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica”, p.181, Civitas, 1985.

50. BREDEMER HC en “El Derecho como mecanismo de integración”, cit. por DE LA TORRE DIAZ en op.cit, pág. 360.

51. REQUERO IBAÑEZ, José Luis en “Los Jueces en Política: su incidencia en la opinión pública”, La Ley nº 5925, 2-1-2004.

conocimiento de los hechos y del Derecho, sin ninguna restricción, influencia, inducción, presión, amenaza o interferencia, directa o indirecta, de cualquier instancia o por cualquier razón”.

El alcance de esta exigencia ética es muy amplio pues se debe ser imparcial antes del proceso (abstención), durante su tramitación y en las últimas fases de dirección del juicio y emisión de la decisión.

El juez que sugiere a un abogado lo que debe o no debe hacer, que le recibe sin estar presente la otra parte o que se empeña en introducir una prueba que no le ha sido propuesta por las partes, pierde su imparcialidad, porque la búsqueda de la justicia no puede hacerse a costa de desequilibrar la balanza, poniendo en peor posición a una de las partes o, sustituyendo el papel de imparcialidad que le corresponde por el de activismo beligerante o juez justiciero, impropio del juez recto y cabal, que debe estar en su sitio.

La conexión de la imparcialidad con la ética ha sido puesta de manifiesto, de tal modo que “sin ética jamás existirá imparcialidad, de tal manera que la ética se erige en principio y fin de la actividad jurisdiccional”⁵².

El TEDH ha ido desarrollando una doctrina, actualmente consolidada, que ya plasmó en el Caso Piersack STEDH de 1-10-1982, en el que se refirió, en términos resumidos, a que un juez debe ser y parecer imparcial, debiendo abstenerse de intervenir en un asunto, cuando existan dudas razonables de su imparcialidad, así porque haya exteriorizado respecto al demandante juicios anticipados desfavorables o, ya en el proceso, por haber emitido decisiones previas en las que se manifieste un juicio anticipado de culpabilidad (instrucción con procesamiento, adopción de medias cautelares, etc.).

No entran en este apartado, en cambio, las concepciones personales del juez, sean las que sean, en tanto pertenezcan a su fuero interno e incluso, cuando se conozcan a través de sus opiniones o escritos, siempre que sean compatibles con la Constitución y no supongan militar en ideologías o participar de actitudes sociales prohibidas, o tener simpatías o antipatías excesivas (antisemitismo, racismo, xenofobia, “hincha” con carné y cargo en club de fútbol...), en relación a un caso en que se ventilen asuntos que entren, de lleno, en decidir al respecto.

El problema será, muchas veces, la prueba. Por eso nos

52. RUIZ VADILLO, Enrique en “La ética y los jueces”, ICADE núm.33, p.42, 1994

reafirmamos, en la consideración ética-personal de la cuestión, que debe evitar la intervención de un juez sobre el que, posteriormente, flote la sombra de la injusticia en la resolución del caso, aunque no concurren *stricto sensu*, motivos de abstención/recusación.

Aun a sabiendas de la dificultad del tema, y del respeto a la vida privada a que somos acreedores todos los jueces, la prudencia, también en este terreno del establecimiento y mantenimiento de las relaciones con personas, instituciones e intereses varios, contribuirá a un equilibrado y razonable posicionamiento en una cuestión en la cual el *self restraint*, juega un papel destacado.

d) Relaciones con terceros.

Además de con las partes del proceso, el Juez conoce y se reacciona con muchas otras personas que, a los efectos de la función jurisdiccional, son “terceros”, y respecto a los cuales hay que definir unos estándares de actuación.

El Juez ni vive ni puede instalarse en una “torre de marfil”, es decir, en una teórica posición de aislamiento social, que le enclaustre o segregue de la sociedad en que actúa.

Cierto que la “soledad” es necesaria, para resolver, precisamente “a solas”, con los datos del proceso, la norma y su conciencia. Pero esa soledad que forja y temple el carácter y le convierte en verdadero jurista, no tiene por qué llevarse a niveles sicopáticos o antisociales.

El juez debe moverse con naturalidad en el medio social en que vive y trabaja. Sus relaciones, no obstante, deben llevarse con cierta prudencia, evitando un trato familiar o íntimo con quienes son sus “clientes” —especialmente en el ámbito penal- y procurando ser amistoso con todos, sin acepción de personas, por razones ideológicas, políticas, de interés, etc.

A este respecto, es preciso distinguir dos niveles de relación : con quienes forman parte del foro (Ministerio Fiscal, compañeros, funcionarios de la Administración de Justicia, Abogados, Procuradores, Policía...) , y quienes están fuera de ese círculo, pero se relacionan en mayor o menor grado con los Jueces (políticos, periodistas...).

La gran diferencia es que los primeros tienen la consideración legal de colaboradores o promotores de la Justicia y los segundos, aun desempeñando un papel social importante, tienen otra consideración.

De todos modos, la idea común es el trato correcto y abierto con todas estas personas, evitando tanto las intimidades excesivas que lleven a catalogaciones simplistas (es un “juez pro esto o pro lo otro”) como los comportamientos autoritarios y descalificadores (“no se le puede hablar, es un déspota”, es un “juez anti esto o anti lo otro”).

Mesura, educación, buenas maneras, que no están reñidas, antes al contrario, con una actitud profesional, cumplidora y clara de las propias obligaciones y de los límites de relación, con los distintos colectivos, nos parece la actitud general que debe observarse.

Y ya, más en concreto, el arte de estar en el sitio que nos corresponde. Compañerismo con los compañeros, naturalmente. Deferencia con quienes por edad y gobierno ocupan posiciones de gobierno o jerarquía en nuestro ámbito. Trato profesional, cordial y exigente a la vez, con abogados y procuradores. Autoridad anclada en el ejemplo, con los propios funcionarios, con los que hay que procurar una relación armónica, de valoración y estímulo a su importante trabajo, y considerar la necesidad de formar y trabajar en equipo.

Y con los políticos, trato cortés sin acercamientos ni desencuentros inconvenientes, vigilando no ser blanco fácil de la búsqueda de influencias o presiones de todos los que teniendo interés, se aproximan a nosotros por intermediarios poderosos.

e) Las nuevas realidades.

Toda persona es hija de su tiempo. La cultura y la conformación social ejercen en cada época, una influencia decisiva sobre el entramado institucional y el derecho que trata de ordenar dicha sociedad. Se produce, evidentemente, una interacción mutua: lo jurídico y lo social, se influyen permanentemente.

Esas obviedades tienen, en una época como la nuestra, manifestaciones que a nadie escapan: el fenómeno de la globalización, internet, los problemas del multiculturalismo (en especial, para entendernos, islamismo vs. cristianismo), el influyente papel de los medios de comunicación... E igualmente, temáticas nuevas: bioética, nuevos modelos familiares, la integración/respeto de los inmigrantes, las nuevas formas de delincuencia, la creciente importancia del principio procesal de contradicción, las fronteras del ilícito civil y el penal, en particular en la “criminalidad de los negocios”, la múltiple problemática del urbanismo y de la gestión de los recursos naturales, etc., etc.

Y sobre todo ello, enseñoreando el manejo de estas nuevas realidades, ha emergido una nueva sociedad, la “sociedad de la información” que requiere un conocimiento y adaptación a las nuevas exigencias, y en particular, al manejo de las nuevas tecnologías.

El “choque” de este nuevo mundo con el ya obsoleto que se nutría de leyes decimonónicas, una muy deficiente organización administrativa, escasez de medios y empleo del balduque, el papel carbón para copias, una línea telefónica por juzgado, fotocopiadoras a compartir entre varios órganos judiciales o ausencia de presupuesto para adquisición de libros, ha sido impactante.

Pero ya lo tenemos aquí. Informatización de los órganos judiciales; nuevos sistemas de información, archivo y de trabajo; bases de datos; una nueva mentalidad para tratar con nuevos problemas y realidades sociales; reformulación de conceptos jurídicos e introducción de nuevas categorías (la prueba tecnológica, por ejemplo⁵³) nos conducen hacia la “Justicia Electrónica” y a la exigencia de un nuevo talante y resultados profesionales.

Este nuevo mundo, de la instantaneidad y la superación de las distancias (juicios por videoconferencia, comunicación de documentos vía correo electrónico...) , que proporciona bases de datos jurídicos permanentemente actualizadas y que produce, sin cesar, jurisprudencia y legislación internacional, aplicables a nuestro derecho, requiere un redoblada actitud profesional de interés por las innovaciones que se producen y conlleva otras consecuencias, como la necesidad de una formación cultural más abierta, a otros sistemas jurídicos y al derecho comparado y procurar una especialización, con la que atender a los problemas “hiperespecializados” de una sociedad cada vez más exigente y compleja.

Este juez que debe ser independiente, bien formado, que actúa de modo imparcial, y que responde con prontitud, dosis de acierto y calidad comprobables, a los problemas que la sociedad, en modo de litigios, le plantea, no es un “*superman*”.

Por eso se necesitan medios y una organización que facilite un trabajo, que nunca se podrá medir por estrictos criterios cuantitativistas, sino que constituye la satisfacción de demandas concretas de justicia, que conllevan un componente humano, merecedor de toda la atención que sea necesaria, y que no puede evaluarse sólo con metodologías de número, porque, toda actuación

53. El impacto de este nuevo mundo, en el Derecho en general, y en el proceso en particular, puede verse en la obra “La Prueba Tecnológica en la LECiv” de URBANO CASTRILLO/MAGRO SERVET, Ed. Aranzadi, 2003.

judicial, en el fondo, es una “cuestión ética”, cuya dimensión trasciende el productivismo y entronca con derechos superiores de la persona, cuya tutela constituye la sustancia del oficio judicial⁵⁴.

IV. Conclusiones.

De lo expuesto, seleccionamos unas ideas y reflexiones, que seguidamente presentamos:

Primera.- Los Jueces de la Antigüedad no integraban un modelo único sino que presentaban tipos históricos diferentes.

El Juez religioso fue típico de Israel, donde llegaron a constituir la máxima autoridad, considerándoseles héroes y salvadores del pueblo, y, en una etapa posterior, se reclutaron entre los ancianos de las tribus, es decir, entre personas con experiencia.

El Juez popular era el Juez típico de la Grecia clásica. Elegidos por sorteo, con mandato anual y retribuido por cada actuación, podemos tenerlos como los primeros jueces jurados.

En Roma, Estado de Derecho más que de ley, los *iurisprudentes* eran quienes decidían los casos, aportando una serie de máximas y principios que servían para resolver pleitos futuros.

Se trata, pues de tres modelos distintos con algunas notas comunes: evolucionan desde la divinidad o la máxima magistratura política, hacia jueces efectivos, que se van profesionalizando y resolviendo sobre principios o leyes civiles.

Segunda.- El Juez medieval, con distintas connotaciones en el continente y en Inglaterra, lo constituyen las autoridades políticas en un primer momento, para evolucionar hacia jueces letrados posteriormente.

La Justicia del Medioevo es una justicia lenta, con numerosas recusaciones, falta de clarificación en el plano competencial y sin normas de procedimiento, suplido por el “estilo forense” de los distintos jueces. Es el momento máximo de la inseguridad jurídica, con la justicia “retenida” y el nombramiento real de jueces “*ad hoc*”.

Tercera.- Con la Revolución Francesa se alumbra el juez electo por el pueblo, reducido a un autómatas aplicador de la ley, convertido en simple agente del Estado. Pero el modelo duró poco, al exigirse la licenciatura en derecho a partir de 1810 (en Francia)

54. FERRAJOLI, Luis “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”. (Cap.13).Ed. Trotta, Madrid, 1995.

y avanzarse hacia la constitución de un estatus funcional.

Cuarta.- El juez burócrata o funcionario es propio del siglo XIX, al cual se asocian los males inherentes a una situación de inestabilidad política estructural: cesantías, favoritismos políticos en los nombramientos...

Con la LO de 1870 las cosas comienzan a cambiar, estableciéndose como regla general de acceso la oposición, la inamovilidad salvo por causas disciplinarias y un atisbo de estatuto funcional.

Quinta.- El movimiento constitucional lleva al juez constitucional, integrante de uno de los tres poderes del Estado, a quien se exige una preparación profesional grande, y se le asigna la función esencial de ser un “juez de derechos”, para lo cual se articulan una serie de garantías como la independencia, imparcialidad, inamovilidad, responsabilidad y deber de motivar sus resoluciones.

Sexta.- Ser un “buen Juez” es algo más que cumplir determinadas normas, se trata de desarrollar profesionalmente ciertos rasgos de carácter que constituyen las virtudes judiciales.

Séptima.- Y en esa caracterización general, debe ser un juez abierto a la realidad social, que no caiga preso de los “formalismos enervantes”, que conozca el derecho comparado y la jurisprudencia, y que se cultive a fin de estar en condiciones de afrontar los retos de la sociedad actual.

Octava.- La función del Juez exige vivir una serie de exigencias éticas, que en el plano judicial, a título enumerativo, podrían ser las siguientes: fortaleza moral, experiencia de la vida, prudencia, espíritu crítico, fidelidad a la ley, aplicar la equidad, estudio permanente y afán investigador, resistir a los favores y regalos, accesibilidad al justiciable, lenguaje lo más inteligible posible...

Y más en concreto: autoridad racionalizada, preparación, fundamentación de las decisiones y buen sentido.

Novena.- La virtud judicial por excelencia es la prudencia, que requiere poseer una estructura de principios para proporcionar una guía útil para el buen desenvolvimiento profesional.

Ello requiere una actitud comprensiva y abierta, pero al tiempo, escéptica y cautelosa, que ha de ir nutriéndose de la experiencia propia y el conocimiento de las decisiones de los colegas

mayores (jurisprudencia).

Décima.- El ejercicio de la “recta razón de la prudencia” implica evitar tres riesgos: la precipitación, la inconsideración de todos o de parte de los datos y circunstancias del problema y, en consecuencia, la inconsistencia de la decisión.

La prudencia judicial se proyecta sobre todas las fases de la decisión: la deliberación, la elección e interpretación de la norma, la previsión de las consecuencias de la decisión y el propio acto decisorio o imperium.

Undécima.- Los parámetros constitucionales del ejercicio de la función jurisdiccional, se hallan conectados a la legitimidad constitucional del Poder Judicial, que ha de revalidarse, cotidianamente, mediante la legitimidad de ejercicio, exactamente igual que sucede con los miembros de los demás poderes del Estado, lo cual significa que el juez constitucional debe cumplir una serie de exigencias éticas concretas, para responder al modelo que establece la CE.

Duodécima.- En primer lugar, debe interesarse por las actividades de formación, indispensables en un mundo cambiante y complejo como el actual.

La posesión de una “formación actualizada”, ayuda a una respuesta judicial más pronta, de mayor calidad, y en la medida de lo posible, más acertada.

Decimotercera.- La independencia es elemento consustancial del ejercicio de la función jurisdiccional, lo cual implica un adecuado posicionamiento en la sociedad, procurando no relacionarse, excesivamente, con los poderes políticos, económicos o mediáticos, y aspirando a una intervención profesional crítica, distanciada y profesional, lo cual implica el desempeño, todo lo enérgico que sea necesario, de las prerrogativas judiciales para poder prestar una efectiva tutela judicial.

Decimocuarta.- La imparcialidad es otra exigencia ética de primera magnitud, que se proyecta sobre el proceso e implica tanto no incurrir en causa de abstención o recusación, como en aparecer durante el proceso sin asomo de sombra alguna de parcialidad. Supone, por tanto, ser y parecer ser imparcial, lo cual tendrá que evidenciarse durante la tramitación del proceso y el propio desarrollo del juicio, evitando tratos de favor a alguna parte o comportamientos que desnivelen la balanza del juicio justo.

Decimoquinta.- Las relaciones con terceros son inevitables y aun convenientes, por lo que la tónica “soledad del juez” debe modularse, respecto a autoridades, medios de comunicación y otros.

Al tiempo, deben observarse relaciones correctas con Abogados, Procuradores y Fiscales y de “equipo” con los colaboradores de la Oficina Judicial.

La prudencia ilustrará cómo concretar estas relaciones, que deben alejarse tanto de intimididades excesivas como de una frialdad despótica o inaccesible.

Decimosexta.- Las “nuevas realidades” que trae la sociedad de la información, con sus profundos cambios en el mundo diario y su poderosa influencia en el mundo del Derecho y de la Justicia, reclama un nuevo talante que conlleva la necesidad de una formación cultural mayor, tener conciencia de la importancia social de la información sobre el fenómeno judicial, adaptarse e incorporarse a las nuevas tecnologías, procurando una mejora efectiva en la realización del trabajo profesional y procurar una especialización personal progresiva.

Y Decimoséptima.- Y como toda actuación judicial, en el fondo, es una cuestión “ética”, cuya dimensión trasciende el “productivismo”, es necesario plantearse la necesidad de que el respeto a la dignidad de las personas y a la tutela de sus derechos, implica la conciencia y puesta en marcha de estos planteamientos, para una Justicia más humana, de más calidad y más rápida.

5. Admisibilidad del recurso de casación penal en El Salvador: estado actual de la cuestión

Alexánder Rodríguez*

*“[el recurso de casación] satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y el debido proceso...”***

Sumario

- I. Planteamiento de la cuestión. II. Problemática detectada en la práctica. 1. Condiciones de tiempo 1.1. Inicio del cómputo del plazo. 1.2. Redacción diferida de la sentencia. 1.3. Redacción y lectura tardía. 1.4. Contingencias de la lectura integral. 1.5. Indisponibilidad del tiempo y forma para notificar la sentencia. 1.6. Falta de lectura por causa justificada. 2. Condiciones de forma. 2.1. Impugnabilidad objetiva. 2.2. Impugnabilidad subjetiva y la problemática de la impugnación fiscal. 2.2.1 Imputación informal del imputado. 3. Condiciones de forma. 3.1. Distinción y separación de motivos. 3.1.1. Casación por la forma. 3.1.2. Casación por el fondo. 3.2. Estructura básica del motivo. 3.2.1. Exposición del agravio. 3.3. Superación de criterios formalistas en la admisibilidad del recurso. 3.4. Necesidad de una resolución intermedia que se pronuncie sobre la inadmisibilidad parcial. III. Conclusión general.

*. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Letrado de la Sala de Casación Penal, Costa Rica. Este trabajo forma parte de los productos de la consultoría de capacitación en el puesto de trabajo, sobre “Recurso de casación penal”, dirigida a los colaboradores jurídicos de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, gracias al Proyecto de Justicia de la Agencia Internacional de los Estados Unidos para el Desarrollo (USAID/NCSC/DPK), en enero de 2005.

** Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sentencias: 282-90, 719-90, 1731-91. Informe 24/72 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

I. Planteamiento de la cuestión.

En algunos países de la región centroamericana circula entre los abogados, como una especie de “secreto a voces”, la idea de que para tener éxito en el recurso de casación se requiere poseer un dominio excepcional del derecho, un conocimiento actualizado de jurisprudencia y el desarrollo de una habilidad técnica para exponer los agravios. Pues bien, aún cuando la conjunción de esos factores facilita la consecución de la justicia en sede casacional, se percibe otro fenómeno complementario: la interpretación literal de los criterios de admisibilidad de las impugnaciones. Dadas estas circunstancias, no es extraño que se denomine a este recurso como un medio de impugnación extraordinario, limitado, restringido; como tampoco es inusual que los abogados pacten sus honorarios considerando la posibilidad de que el recurso sea declarado inadmisibile.

De manera que, los problemas en la práctica del recurso de casación resultan de un deficiente proceso de comunicación en el que los abogados no dominan las técnicas mínimas para interponer eficazmente los recurso y, por otra parte, la utilización cada vez más frecuente de criterios de admisibilidad restrictivos, que impiden realizar una revisión integral de las sentencias definitivas.

A todo ello se une la constatación de que aún cuando los procesos penales fueron reformados en la década de los noventas, Casación siguió funcionando bajo los lineamientos característicos de un régimen inquisitivo: con un trámite escrito, discontinuo y, sobre todo, delegado en asesores, letrados o abogados asistentes que proyectan la redacción de las sentencias¹.

Indudablemente el panorama se complica cuando nos percatamos de algunas posiciones doctrinales que excluyen el recurso en manos del acusador, o bien lo limitan en la decisión de motivos de fondo, o más aún, cuando desde instancias internacionales se ordena implantar reformas normativas o cambiar líneas jurisprudenciales para hacer efectiva la garantía que le asiste al condenado para que se le revise la sentencia condenatoria.

Como se verá, conciente de esta problemática, desde hace aproximadamente dos años, por iniciativa de la propia Sala de lo Penal, El Salvador ha dado pasos firmes para consolidar el sistema

1. Un retrato certero del fenómeno se describe en: Arce Viquez, Jorge Luis: La persistencia de la Inquisición (¿Cuál es el objeto de la casación penal?, en AAVV Una oportunidad para reflexionar: XXV aniversario del Ministerio Público, Costa Rica, 2000, págs. 213 a 241. Y más recientemente del mismo autor: Sobre los fines de la casación penal: de la nomoflaquia al progreso de la razón judicial en la democracia, en AAVV Democracia, Justicia y Dignidad Humana (Libro Homenaje a Walter Antillón Montealegre), Editorial Jurídica Continental, 2004, págs. 151 a 155.

de administración de justicia penal, en la medida en que abandona prácticas que obstaculizaban el acceso a la justicia impartida en esa sede. Con esta apertura, no podrá reprocharse al máximo tribunal, priorizar el fin político de la casación (nomofilaquia) sobre el fin individual consistente en aplicar la justicia del caso concreto, como tampoco podrá recriminársele aplicar criterios de selección para manejar flujos de trabajo menores a los tribunales de instancia.

Es evidente que las modificaciones implican una apertura del recurso; sin embargo, aún resta replantarse algunas interpretaciones actuales y adoptar otras que favorezcan en mayor medida la admisión y resolución de los recursos. Esto resulta imperativo para fortalecer la aplicación de garantías fundamentales ante el máximo tribunal penal, y consolidar el funcionamiento institucional de la Sala.

II. Problemática detectada en la práctica

Los códigos procesales establecen como regla común que los recursos se interpondrán en los casos (sentencias definitivas) y por medios (recurso de casación) expresamente establecidos, en condiciones de tiempo y forma (artículos 406 y 407 Pr.).

1. Condiciones de tiempo.

1.1. Inicio del cómputo del plazo.

El recurso de casación debe interponerse dentro del plazo de diez días contados a partir de la notificación (artículo 423 Pr.). Este numeral no puede interpretarse literalmente, pues daría la idea que el plazo inicia su cómputo el mismo día en que fue notificada la sentencia, lo cual es erróneo, porque aunque el artículo en mención es una norma especial respecto al 155 Pr. que señala que los plazos se computan a partir del día inmediato hábil posterior al de la notificación, lo cierto es que debe aplicarse este último. En este caso es improcedente sostener que la norma especial prevalece sobre la general. El artículo que debe aplicarse es el 155 Pr. porque garantiza horas adicionales para interponer el recurso. Y esta es la interpretación que se corresponde con el derecho a impugnar. De manera que, ante la disyuntiva de cuál regla aplicar, debe escogerse la opción que favorece el derecho de las partes para interponer el recurso (artículo 17 Pr.).

1.2. Redacción diferida de la sentencia.

Pues bien, la forma natural de comunicar la sentencia a las partes es por medio de su lectura integral, realizada en audiencia

pública. Las partes quedan convocadas con el señalamiento de fecha y hora que realice el presidente del tribunal al finalizar el juicio.

La sentencia debe leerse en audiencia pública, pues sólo de esa forma se cumplen con los principios de oralidad y publicidad. De igual forma, la diligencia debe realizarse dentro del plazo máximo de cinco días, posteriores al pronunciamiento de la parte resolutive (artículo 358 Pr.). Veamos. La regla es que la sentencia se debe redactar inmediatamente después de terminada la deliberación. Sin embargo, el Código prevé dos casos que excepcionan la regla: la complejidad del asunto y lo avanzado de la hora.

El primer supuesto se refiere a casos en los que el proceso se siguió contra varios imputados, o se atribuyeron varios delitos, o la exposición y valoración de la prueba requiere de un análisis pormenorizado que no puede verificarse en un corto periodo, y esto puede suceder porque los medios probatorios son abundantes, o de ellos hay que extraer una serie de elementos de convicción que requieren analizarse en su conjunto (por ejemplo, casos de prueba indiciaria). Asimismo, el asunto será complejo si ha habido contradicción sobre la calificación legal y el tribunal debe consultar textos bibliográficos o jurisprudencia de la que no dispone en el momento. La segunda excepción se basa en aspectos de orden humanitario, que pueden incidir en el derecho de defensa, pues el reconocimiento de la dignidad de intervinientes en el juicio, exige que los jueces estén en plenitud de condiciones físicas y mentales para redactar la sentencia.

La consideración de “lo avanzado de la hora” debe hacerse caso por caso, y atendiendo a la agenda normal de despacho. Así, si se está próximo a cerrar una de las dos sesiones del día, por ejemplo, se aproxima la hora de almuerzo y en la tarde el tribunal tiene programados otras diligencias (juicios o continuaciones programadas, o audiencias para lectura de sentencias), o ya iniciará la noche y es indispensable descansar.

Como se observa, en general, el principio de la redacción seguida a la deliberación, queda vigente sólo para casos rutinarios en los que desfiló poca prueba y su análisis no requiere de esfuerzos argumentativos extraordinarios, o bien se estaba ante un supuesto de flagrancia, o los temas jurídicos no requieren consultas adicionales por parte de los jueces.

En ambas situaciones, si el tribunal decide postergar la redacción de la sentencia, debe leerse la parte dispositiva (el “Por Tanto”), y explicar al público presente, si lo hay, pero en todo caso a las partes, de manera breve los fundamentos que motivaron la

decisión.

1.3. Redacción y lectura tardía.

Por último, debe anotarse que el plazo de cinco días es un máximo al que puede acogerse el tribunal. De modo que si la sentencia puede redactarse y leerse antes de los cinco días, debe hacerse, y no escoger el último día como único posible.

La notificación de la sentencia en fecha posterior a los cinco días, provoca su nulidad y la del juicio, debiendo reponerse ambos en el juicio de reenvío. Esto es así porque la parte agraviada no ha podido solicitar su adición o aclaración con los efectos suspensivos del caso, y más aún, interponer el recurso de casación. A ello se agrega que no tendría sentido que el proceso tenga como uno de sus principios la culminación en un plazo razonable, si al final el tribunal puede redactar o notificar la sentencia en tiempo superior al indicado en la ley. Además, ese proceder incorrecto contradice el principio de concentración o continuidad que caracteriza al juicio.

Es interesante considerar que en orden lógico, si no hay sentencia redactada y notificada, no se puede ejercer el derecho al recurso. La aparente corrección de esta afirmación cede si se considera la relevancia de otorgar efectividad al derecho recurso. Así, si mediante la casación no se puede constatar la impugnabilidad objetiva por causas atinentes al tribunal de sentencia, debe admitir *in limine* el recurso y ordenar al tribunal que remita un informe, para luego resolver lo que corresponda, pronunciándose definitivamente sobre la admisibilidad. Si no se leyó la sentencia, sin mayor trámite, la Sala debe anular el juicio y ordenar su reposición completa conforme a derecho.

Un caso diferente sucede cuando la deliberación es compleja. En estos casos, el Tribunal debe deliberar durante todas las audiencias que sean necesarias para la correcta decisión de la causa. Una deliberación puede tardar unos minutos o varias semanas. Incluso, como parte de la deliberación, el tribunal puede ir avanzando en el resumen de la prueba o en la búsqueda de doctrina o jurisprudencia, sin que ello provoque ninguna nulidad. Luego, una vez concluida la deliberación, se debe convocar a audiencia para leer la parte dispositiva. Cuando ello es previsible, al terminar el juicio, el presidente debe informar a las partes que el tribunal se retira a deliberar sin indicar una fecha concreta para comunicar la parte resolutive, la que oportunamente se informará a través de una notificación escrita. En ese acto, el tribunal podrá notificar la parte dispositiva y utilizar los cinco días para redactar la sentencia, o bien puede notificar en un solo acto la sentencia integral mediante su

lectura. Obsérvese que en este último evento el tribunal no utiliza el plazo de cinco días, pero ello no causa indefensión, ni rompe con las reglas de continuidad.

1.4. Contingencias de la lectura integral.

En el CPP se establece, una presunción legal de notificación de la sentencia, al disponerse que ésta quedará notificada con su lectura.

Siguiendo la máxima de que *las cosas se deshacen como se hacen*, la fase del juicio oral del proceso concluye con la lectura de la sentencia.

La lectura es un acto oficial de comunicación de lo resuelto. Por ello, el tribunal debe convocar a las partes y al público para una hora y fecha determinada. Si las partes están presentes o hay público en la sala de audiencias el tribunal debe ordenar la lectura de la sentencia. Si no hay público y las partes presentes manifiestan su conformidad con que se prescinda de la lectura y se les entregue copia de la sentencia, el tribunal puede proceder de conformidad.

La copia que se entrega a las partes puede ser impresa o en soportes informáticos.

1.5. Indisponibilidad del tiempo y forma para notificar la sentencia.

Hay que recordar que existen razones de interés público para notificar la sentencia a todas las partes en la misma oportunidad, esto es, en una audiencia oral y pública. En la práctica se ha presentado la experiencia que algunos defensores no comparecen a la diligencia y posteriormente solicitan al tribunal que les notifique por escrito, mediante cédula.

Ante ello cabe comentar que si una de las partes no comparece a la lectura de la sentencia, sin que exista justa causa, la sentencia se tiene por notificada desde el momento en que procedía realizar su lectura. Lo anterior se explica porque la efectividad de lo declarado en la sentencia no puede depender de la inercia de una de las partes. La continuidad del proceso no puede estar supeditada a la inactividad procesal de una de las partes involucradas en el juicio. De ahí que, cuando el interesado no comparece a la lectura de la sentencia, renuncia tácitamente a su derecho a que la sentencia le sea notificada integralmente mediante lectura. Sin embargo, puede entregársele copia de la resolución. Lo que sucede es que esta entrega no es una notificación y, en consecuencia, no

tiene el efecto de iniciar otro cómputo del plazo para recurrir. Idéntica razón cabe aplicar cuando el tribunal notifica la sentencia por escrito, sin existir justa causa.

1.6. Falta de lectura por causa justificada.

Como se ha visto, frente a la obligación del tribunal de redactar y notificar la sentencia en el plazo de cinco días existe el correlativo derecho de las partes de ser convocadas y asistir a una audiencia programada con tal propósito. No obstante, hay casos en los que la lectura no se lleva a cabo por causas atribuibles al tribunal o a las partes.

Cuando la sentencia no puede ser notificada por errores del tribunal, por ejemplo no se envió la correspondiente requisición de detenidos al sistema penitenciario, o la sentencia está redactada parcialmente, o los conductores de reos determinaron *mutuo proprio* que era más importante trasladar a los tribunales a un preso que asistirá a un juicio, o el vehículo estaba en malas condiciones o no había espacio suficiente en el mismo. En estos casos, la falta de lectura de la sentencia provoca la nulidad de la sentencia y del juicio, por infracción al principio de concentración. Sin duda, este criterio obliga al tribunal y a los funcionarios administrativos de la Corte a tomar disposiciones generales para que la lectura de la sentencia tenga la misma importancia que otras diligencias procesales, pues constituye el acto formal con que el cual el Estado comunica a las partes —en especial a la desfavorecida por el fallo— y a la comunidad en general, sobre cómo el Órgano Judicial responde públicamente, a través de sus jueces, de las funciones constitucionalmente encomendadas para aplicar la ley al caso concreto. Y esta razón, desde la óptica política (de transparencia y oportunidad en la rendición de cuentas) y procesal (facilitación para impugnar las decisiones) no es deleznable.

Si el caso es, que el abogado no compareció por padecer una enfermedad que le impidiera médicamente asistir a la audiencia, el tribunal debe notificarle por escrito, ya que no tendría utilidad repetir la lectura. Se le debe notificar por razones de justicia e igualdad. De acuerdo con un principio general del derecho: *al impedido con justa causa no le corre término (restitutum in integrum)*. En estas condiciones, el plazo para recurrir, por ser común, culminará cuando se venza el plazo concedido a la parte afectada por la causa excepcional comprobada por el tribunal.

Por último, debe aclararse que si el abogado no quiso asistir a la lectura, o se equivocó de hora o lugar, o asistió a otra audiencia, o si el condenado preso no quiso ser trasladado a la lectura, el

tribunal no está obligado a notificarles la sentencia por escrito. La notificación posterior que realice el tribunal es un simple acto de cortesía que no tiene el efecto de iniciar un nuevo plazo para impugnar. Esto se explica por el principio de lealtad, pues sería irregular conceder efectos interruptores del plazo recursivo, por actitudes displicentes de los interesados. En todo caso vale recordar que por razones de interés público y seguridad jurídica la sentencia que no fue impugnada debe adquirir firmeza, sin que sea lícito prorrogar los plazos por una actitud unilateral de la parte que mostró desinterés en ser notificada en la forma regulada en el Pr..

2. Condiciones de forma.

El recurso de casación debe interponerse por la parte agraviada ante el tribunal que dictó la resolución impugnada. Es usual observar que los autores que desarrollan el tema de las impugnaciones se refieren a la impugnabilidad o taxatividad objetiva e impugnabilidad o taxatividad subjetiva.

2.1. Impugnabilidad objetiva.

Se refiere a que la resolución atacada con el medio de impugnación concreto, sea combatible por esa vía.

Este es el sentido de la regulación general con que se dispone que las resoluciones judiciales serán impugnables en los casos (tipos de resolución) y por los *medios* (recursos) que proceda. El recurso de casación, además de los casos especiales previstos por la ley, sólo podrá interponerse contra las sentencias definitivas, los autos que pongan fin a la acción o a la pena o hagan imposible que continúen o que denieguen la extinción de la pena, dictados por el tribunal de sentencia y contra la resolución que ponga término al procedimiento abreviado (artículo 422 Pr.). Como se observa, es común a estas resoluciones el pronunciarse de manera definitiva sobre el objeto del proceso, lo que es compatible con la función del recurso de casación que sirve para examinar el cumplimiento de preceptos normativos que deben observarse en la elaboración de tales resoluciones.

Ahora bien, en la práctica judicial el examen sobre la impugnabilidad objetiva faculta a la Sala para rechazar *ad portas* el recurso, esto es, sin posibilidad de que se subsane o corrija el defecto, cuando sea evidente que el líbello se endereza contra un auto que no admite tal impugnación. Cuando el recurso se dirige contra una resolución distinta a las que la ley autoriza interponer la casación, por carecer de competencia para conocer la impugnación, la Sala mediante auto fundado debe rechazar el recurso y declararse

incompetente, remitiendo al efecto las piezas ante el tribunal que corresponda, quien en definitiva se pronunciará sobre la procedencia o no del recurso en esa sede. Más adelante se verá cómo la Sala debe dictar un auto en que exprese las razones por las cuales rechaza en admisibilidad uno, varios o todos los motivos del recurso.

Recientemente, en resolución del 21 de enero del 2005, haciendo suyos algunos de los razonamientos expuestos durante la vigencia de la antigua ley de la materia (en 1999), la Sala de lo Penal declaró inadmisibile un recurso de casación promovido por el fiscal contra una sentencia dictada por el tribunal de sentencia al conocer un procedimiento de revisión. No obstante ello, existen otras razones que justificarían un cambio de criterio: (i) Naturaleza jurídica de la decisión que resuelve el fondo de la revisión. Se trata de una sentencia definitiva, de las mismas que habilitan la casación, pues son pronunciamientos que pueden afectar el objeto del proceso. Es claro que contra la decisión que declara inadmisibile la revisión no cabe la casación. (ii) Aunque en el artículo 129 Pr. Se indica que la sentencia es la que se dicta luego de la vista pública para dar término al juicio, en el Pr. es posible localizar otras resoluciones que revisten tal calidad, aunque no se dicten al cabo de un juicio oral y público, tales como las que regulan la decisión de fondo en la revisión (artículos 426, 438, 439 Pr.) (iii) Y, por último, un sustento de política criminal: si la función de la casación es controlar el error judicial, hay que reconocer que el error pudo haber acaecido en la sentencia que resuelve la revisión, y no en la sentencia dictada después del juicio oral. A ello cabe agregar que se cometerían graves injusticias, en detrimento de la sociedad y de la víctima, si no se permitiera al fiscal, querellante o acusador particular, interponer el recurso de casación.

2.2. Impugnabilidad subjetiva y la problemática de la impugnación fiscal.

Como indicáramos líneas atrás, otro de los tópicos que se examinan en la fase de admisibilidad del recurso es la impugnabilidad subjetiva. Según esto, aunque en principio cualquiera de las partes puede interponer el recurso, la vía impugnativa se abre únicamente para quien en tiempo y forma presenta impugnación y explique el agravio que le ha irrogado la resolución que impugna.

Modernamente, un sector de la doctrina argentina aboga por la eliminación del recurso del acusador, en particular del Ministerio Público². Las principales razones que se esgrimen en contra del

2. Pionero en esta línea: Maier, Julio: La impugnación del acusador, ¿un caso de ne bis in idem?, en Ciencias Penales, Costa Rica, Año 8, No. 12, diciembre de 1996, págs. 10 a 15. Maier, Julio: Derecho Procesal Penal I. Fundamentos, editores del Puerto s.r.l., 2ª ed. 3ª reimpresión, 2004, pág. 733. Lancman,

recurso fiscal son las siguientes:

Argumento uno: El artículo 8.2.h. de la CADH concede el derecho al recurso sólo a favor del condenado, y no en beneficio del acusador.

Es cierto que el 8.2.h. CADH concede el derecho al recurso al condenado, y es así porque se trata de una de las garantías judiciales que regulan los instrumentos internacionales. Sin embargo, esas reglas mínimas no excluyen la posibilidad de que en el ordenamiento interno se desarrollen otros derechos, y se concedan otras formas de acceso a la justicia para otras partes en el proceso, sobre todo la víctima.

Recuérdese que cuando se redactó, aprobó y entró en vigor la CADH los procesos penales en la región eran inquisitivos o mixtos. De ahí que el énfasis obligado de la respuesta internacional debía ser la situación de quienes enfrentaban procesos arbitrarios derivados de modelos inquisitivos.

Además, conceder el derecho al recurso a la parte contraria al imputado, no significa disminuir derechos al sentenciado. Más bien, como razón de política criminal, el recurso de la víctima o acusador regulado en la ley ordinaria, reconoce la naturaleza dialéctica del proceso y, con ello, la posibilidad de discutir las pretensiones de las partes involucradas en el proceso, en sus diferentes etapas (carácter bilateral de los recursos).

Argumento dos: Durante la investigación el Ministerio Público, que representa y ejerce el *ius puniendi* del Estado, contó con el auxilio de la Policía y, por lo tanto, colocó al imputado en una desventaja. Se afirma que, si el fiscal “fracasó” en su intento de demostrar la acusación, debe impedírsele abrir un nuevo juicio en contra del acusado.

La teoría desconoce el objeto de los recursos: una crítica a la fundamentación incorrecta de las resoluciones, que afecta el derecho de defensa de las partes y excluye alguna de sus pretensiones esenciales.

Sobre este tema del objeto del recurso, debe precisarse que

Valeria: El fiscal no tiene recurso de casación (a propósito de los límites contemplados en el art. 458, Pr.N.), en Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, No. 3, Ad hoc, Buenos Aires, 2003, págs. 307 a 318. Sienna Martínez, Agustina: La facultad del Ministerio Público de recurrir la sentencia en contra del imputado: su inconstitucionalidad, en AAVV, Las garantías penales y procesales, Editores del Puerto s.r.l, Buenos Aires, 2001, págs. 175 a 207. Un resumen de estas tendencias puede verse en : Jugo, Gabriela: El derecho de recurrir la sentencia penal condenatoria y los instrumentos internacionales de derechos humanos, en AAVV, Los derechos humanos en el proceso penal, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, págs. 248 a 297.

el “fracaso” en la demostración de la acción penal en juicio, no siempre resulta de una actividad ilegal o insuficiente del fiscal. Hay casos en los que la acción no concluye en una condena por un rechazo arbitrario de prueba, o por una deficiente apreciación de la misma, o una falta de aplicación o aplicación incorrecta de la ley de fondo. Y estos son errores judiciales, no fiscales.

Además, la implantación de esa posición generaría graves inconsistencias e injusticias, pues permitiría conceder efectos a las sentencias que contengan errores graves, en detrimento de la víctima de delito o de la sociedad representada por el ente fiscal. Llevada a sus extremas consecuencias, esta posición teórica haría innecesario dictar una sentencia cuando el imputado es absuelto, pues al no haber posibilidad de impugnar, sería mejor que los jueces se concentraran redactando las condenas que sí pueden impugnarse.

Es evidente la distorsión en el sistema de garantías, pues en el ordenamiento jurídico, y concretamente en el orden procesal penal, coexistirían dos categorías de ciudadanos: el acusado con derecho al juicio justo, y otra parte invisibilizada, ya no por el poder de las dictaduras, sino por el absurdo de la dogmática.

Argumento tres: Permitirle al fiscal impugnar una sentencia implica desconocer el principio que prohíbe la persecución penal múltiple sucesiva (*ne bis in idem*).

Esa teoría parte de la aplicación errónea del principio *ne bis in idem*, pues si todavía existe plazo para impugnar la resolución, ésta no ha adquirido firmeza y, por lo tanto, no ha creado cosa juzgada.

2.2.1. Impugnación informal del imputado.

Como parte del derecho de defensa, en su modalidad de defensa material, es usual que en el término para recurrir, los imputados acudan y manifiesten su inconformidad con la sentencia, a través de escritos que denominan como recursos de casación. Tales líbelos son utilizados con frecuencia para insistir en su inocencia y criticar la producción y valoración de la prueba de cargo.

En estos casos, para evitar indefensión, antes de resolver acerca de la admisibilidad o no del recurso, lo correcto es que el tribunal de sentencia al emplazar a todas las partes, también comunique al defensor designado en el expediente, que continúa desempeñando sus funciones, salvo que haya renunciado expresamente a su cargo (artículo 109 Pr.). Si el imputado carece de defensor, debe concedérsele la oportunidad para designar un

abogado particular, o en su defecto, la Sala debe gestionar el nombramiento de un defensor público (artículos 9 in fine, 10 y 83.7 Pr.).

Es importante hacer notar que esta comunicación al defensor, permite hacer efectivo el derecho que le asiste al condenado, para que un tribunal superior (en este caso casación), revise integralmente la sentencia dictada.

Ahora bien, una vez que se tiene certeza sobre la identificación y localización del defensor que representará al imputado durante la tramitación del recurso, debe resolverse y notificarse la admisibilidad. Sólo después de haber cumplido con el derecho de defensa, como elemento constitutivo del debido proceso, tiene sentido comunicar lo que resuelva la Sala, para que si es posible el abogado cumpla con las prevenciones genéricas que al efecto disponga la Sala, relativas a la enunciación y separación de motivos, o a la solución aplicable, entre otros defectos frecuentes en este caso.

Por último, esta interpretación extensiva respecto a la admisibilidad del recurso promovido por el propio imputado, es legal y procedente de acuerdo con la regla de interpretación del artículo 17 Pr., pues facilita el ejercicio del derecho a recurrir.

3. Condiciones de forma.

Uno de los tópicos que mayor preocupación causa en el trámite del recurso de casación penal, se refiere a los criterios de admisibilidad que se utilizan para rechazar impugnaciones por razones de forma, esto es, por defectos atinentes a la estructuración y contenido del recurso.

En lo medular, la legislación nacional sobre la materia dispone que el recurso debe presentarse mediante escrito fundado, en el que se expresará concreta y separadamente, cada motivo con sus fundamentos y la solución que se pretende. Fuera de esta oportunidad no podrá aducirse otro motivo.

El recurso debe presentarse ante el tribunal que dictó la sentencia (artículo 423 Pr.) o en la oficina de recepción de documentos, en el Juzgado de Paz, o en la Sala de lo Penal. Solo en casos extraordinarios en que el recurrente demuestre su imposibilidad objetiva de acudir a una de esas dependencias, excepcionalmente puede presentarlo en la Sala. Sin embargo, en este último supuesto, en lugar de pronunciarse sobre la admisibilidad o no del recurso, lo que procede es que la Sala remita el recurso

al tribunal de sentencia para que haga los emplazamientos que corresponda.

3.1. Distinción y separación de motivos.

Dado que la función de casación consiste en constatar, en el caso concreto, si hubo o no inobservancia de un precepto legal (artículo 421 Pr.), es posible distinguir dos tipos de motivos: defectos procesales y defectos sustantivos.

3.1.1. Casación por la forma.

El primero, integrado por los vicios *in procedendo*, o defectos por la forma, que se refieren a infracciones de reglas de conducta que deben respetar las autoridades o intervinientes en el proceso y que normalmente atañen a la infracción de reglas de nulidad, caducidad o admisibilidad, sobre actos o resoluciones previas a la sentencia definitiva, pero que inciden directamente en la misma, o bien, se refieren a defectos propios de la estructura, motivación o comunicación de la sentencia.

En estos casos, la pretensión contribuye a delimitar la naturaleza de la impugnación, ya que en los motivos por la forma, la Sala anula total o parcialmente la sentencia. La nulidad debe ser total cuando el defecto que constata la Sala afecta la construcción de un aspecto esencial de la sentencia, esto sucede por ejemplo en los siguientes casos: falta de individualización del imputado, falta de determinación del hecho acusado, falta de determinación del hecho tenido por demostrado, falta de correlación entre acusación y sentencia respecto a los hechos, falta de fundamentación (y aquí se comprenden los siguientes errores: ausencia de fundamento, fundamentación contradictoria, fundamentación falsa, fundamentación insuficiente, inobservancia de las reglas de la sana crítica respecto a elementos probatorios de valor decisivo, incorporación de prueba ilícita). Siempre debe tenerse en cuenta el fundamento legal que permite ubicar tales defectos, en caso de la sentencia dictada por el tribunal es el artículo 362 Pr., mientras que los defectos que justifican la nulidad de una sentencia dictada por el jurado los ubicamos en el numeral 377 *ibídem*.

Por su parte, con la nulidad parcial se anula una sección de la sentencia que puede ser reemplazada en una nueva audiencia de reenvío, en la que las partes podrán discutir exclusivamente aspectos jurídicos que permitan al tribunal de sentencia, justificar adecuadamente la parte de la sentencia que fue anulada. De ahí que en la audiencia de reenvío, las partes no pueden discutir y menos el Tribunal puede modificar otras secciones del fallo anterior,

pues si no fueron afectadas por la nulidad de casación han adquirido firmeza (“se mantienen incólumes o inalterables”, acostumbra decir el Tribunal de Casación). Por ello, en la audiencia en que se discute la individualización de la pena, no es legalmente posible discutir sobre la inocencia o culpabilidad del acusado, pues esa situación quedó definida en otra sección. La sentencia “parcial” que dicta el Tribunal en el reenvío se integrará a las partes que han adquirido firmeza para conformar una unidad lógica jurídica, sólo que, en caso de que exista algún error en el nuevo fundamento, la impugnación podrá interponerse exclusivamente respecto a los defectos que se produzcan en el reenvío, no siendo posible discutir otros errores de otras partes de la sentencia, pues como se ha indicado, han adquirido firmeza. De modo que la impugnación que se deduzca atacando esos extremos debe declararse inadmisibles *in limine*, pues es evidente que la oportunidad procesal habría precluido; salvo el caso en que el tribunal de manera impropia se pronunciara sobre ellos, por carecer de competencia para hacerlo. Son casos de nulidad parcial: falta, contradicción o insuficiencia del fundamento jurídico de la individualización de la pena, o de las indemnizaciones.

Esa es la posición tradicional de la estructura del recurso por la forma: ante un motivo por errores en el procedimiento, la consecuencia es la nulidad total o parcial.

No obstante, en la actualidad los efectos del recurso pueden dimensionarse de manera distinta, por razones de justicia o de economía procesal. Esto sucede, por ejemplo, cuando la Sala comprueba defectos esenciales que no pueden ser corregidos en otro juicio, bien sea porque es previsible que no se recibirá más prueba que la recabada en el juicio que dio origen al recurso, o porque la valoración correcta de acuerdo a las reglas de la sana crítica, puede ser efectuada de una vez por los Magistrados. Casos característicos de lo que aquí se comenta acontecen cuando se inobservan reglas de valoración de la prueba (por ejemplo un quebranto burdo o evidente a las más elementales reglas del sentido común), o cuando el tribunal a pesar de tener dudas acerca de la culpabilidad del acusado, lo condena (en este supuesto, el tribunal de casación puede controlar la falta de aplicación del principio *in dubio pro reo*) y, por último, sin perjuicio de que en la práctica se detecten otros casos, la Sala puede resolver por el fondo un defecto procesal cuando la sentencia se ha basado en la incorporación ilegítima de medios de prueba.

Debe advertirse que para que el tribunal de casación decida resolver directamente el conflicto, según la ley aplicable, debe estar en condiciones de hacerlo. Este es el sentido del artículo 427 Pr. cuando dispone que la regla de prelación: se debe enmendar el

defecto aplicando la ley correcta, siempre que sea POSIBLE. Esa posibilidad se refiere, en primer lugar, a que no existan impedimentos probatorios para decidir, como se viene comentando, porque se ha evacuado o valorado toda la prueba decisiva que era posible recopilar; y, en segundo lugar, la imposibilidad puede ser legal, por ejemplo, cuando se conoce una impugnación del acusador, aún por motivos de fondo, la Sala sólo puede resolver por la forma, anulando total o parcialmente la sentencia. Hay que tener presente que esa imposibilidad legal deriva del artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que garantiza a todo condenado el derecho a un recurso efectivo ante un tribunal superior para revisar la sentencia. Si al resolver un recurso del acusador, la Sala condenara al imputado o agravara la pena, integraría una nueva sentencia que, por la integración actual de los tribunales, no permitiría al condenado interponer una impugnación ante un tribunal diferente, con lo que se convertiría nugatorio el derecho al recurso. En este caso, la solución que facilita ese derecho a impugnar es la nulidad parcial de la sentencia que afecte el fundamento jurídico. Por ejemplo, si en un caso se condenó al acusado por el delito de lesiones muy graves y el fiscal pretende que la Sala revierta el fallo y lo condene como autor del delito de tentativa de homicidio, ante la imposibilidad legal, la Sala expone el fundamento del tribunal y de seguido explica cuáles son las teorías que se discute en casos de similar especie, y cuál a juicio de la Sala sería la opción correcta. Sin embargo, para no afectar la independencia judicial y no vincular al Tribunal de reenvío, la fundamentación de la sentencia de la Sala no puede indicar cuál es la adecuación que corresponde a los hechos concretos que fueron objeto del juicio, pues esa función le corresponde al tribunal de sentencia.

Por último, hay que hacer notar que la Sala puede corregir la calificación legal, para ilustración de los tribunales, siempre que no se modifique la pena impuesta, ya que puede corregir los errores que no incidan en la parte resolutive (artículo 429 Pr.).

3.1.2. Casación por el fondo.

Otro de los supuestos que permiten la casación, por inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal, son los denominados defectos por el fondo o sustantivos (*in iudicando*). Aunque lo común es que en estos motivos del recurso se discuta la adecuación jurídica realizada por el tribunal de sentencia, también pueden reclamarse como un defecto por el fondo, errores procesales que impliquen de manera directa y decisiva un quebranto evidente a un derecho constitucional.

La normativa cuya inobservancia o errónea aplicación se

reprocha, es aquella que concede o restringe derechos, y puede ubicarse en el ámbito penal, o en otras áreas del ordenamiento jurídico, como lo son el Derecho de Familia, el Laboral, el Civil o Comercial, o el Contencioso Administrativo, entre otros.

Más adelante se verá el alcance tradicional del principio de intangibilidad de los hechos, que ha sido utilizado como criterio de inadmisibilidad de los motivos de casación por el fondo, y se propondrá una opción para contextualizarlo u obviarlo, dependiendo de la opción de política judicial que se considere viable para el sistema penal.

3.2. Estructura básica del motivo.

Es común observar que al igual que la sentencia, el recurso debe “bastarse a sí mismo”. Con ello se quiere indicar que la impugnación debe ser lo suficientemente completa y clara como para ilustrar a la Sala sobre los motivos y el fundamento de la impugnación.

No hay que perder de vista que, en principio, la Sala tiene competencia para conocer sólo los motivos alegados, salvo que, de un estudio integral de la sentencia, la Sala descubra otros errores más decisivos no reclamados por las partes. Por ejemplo, se reclama falta de fundamento y la Sala comprueba que lo que existe es una deficiente construcción de los hechos acusados, o se reclama falta de firma de uno de los jueces, y se acredita una fundamentación ilegítima.

Los motivos del recurso son los supuestos que justifican revisar la aplicación de preceptos legales y, como se ha visto, se dividen en defectos formales y sustantivos. Nada impide que en un mismo motivo se reclamen varios errores formales. Esto no sería causa de inadmisibilidad porque se estaría cumpliendo con la obligación de presentarlos separadamente. Si las pretensiones no son contradictorias con los diversos fundamentos, el motivo debe admitirse. Más adelante se verá que la opción para prevenir al recurrente que separe los motivos, en este caso no tiene razón de ser, pues la Sala puede comprender que se trata de un solo motivo por defectos en el procedimiento, siempre y cuando la pretensión sea coherente con lo alegado.

En la estructura del recurso, la parte inconforme debe exponer a la Sala los aspectos de tiempo y forma. Así conviene enunciar la denominación del líbello, identificándolo como “Recurso de Casación”. Luego, es pertinente señalar los datos que permitan identificar el expediente, tales como el tribunal, nombre del imputado, delito,

ofendido y número de expediente³.

Como en toda actividad litigiosa, entre varios posibles motivos, el impugnante debe reclamar primero aquel que tenga mayores posibilidades de éxito, dejando para un desarrollo posterior aquellos en los que los puntos sean discutibles o existan pronunciamientos contrarios a sus pretensiones. En todo caso, ha de tener presente que los defectos de forma o fondo se presentan en un solo escrito. Después de esa oportunidad, y para garantizar el derecho de defensa de las contrapartes, si se ha vencido el plazo para interponer el recurso, no se pueden agregar nuevos motivos, pero en el emplazamiento o en la audiencia se pueden ampliar los argumentos de los motivos expuestos.

Luego, el impugnante se identifica como parte agraviada (impugnabilidad subjetiva) y precisa la resolución que le causa agravio (impugnabilidad objetiva). A continuación señala la fecha en que fue leída la sentencia e ilustra a la Sala acerca del vencimiento del término, dejando claro que presenta el recurso en tiempo (oportunidad para impugnar).

Posteriormente, se desarrollan los motivos. Un motivo está integrado por su identificación, la cita de disposiciones legales inobservadas o erróneamente aplicadas y el fundamento del motivo. Por su parte, el fundamento está compuesto por la exposición del error, el agravio, solución aplicable y la pretensión.

Para identificar el motivo, el abogado podría acudir, por ejemplo, a las siguientes fórmulas:

Y Primer motivo del recurso de casación por la forma: Omisión de valoración de prueba decisiva.

Y Segundo motivo por la forma: Falta de aplicación de las reglas de la sana crítica sobre elementos probatorios de valor decisivo.

Y Primer motivo por el fondo: Indebida aplicación del artículo XX, y falta de aplicación del artículo XCM.

Y Segundo motivo por el fondo: Errónea aplicación del artículo XX.

En el mismo orden de exposición, dentro de cada motivo, la parte destaca los preceptos legales inobservados.

3. A continuación se expondrá un formato de recurso que deriva de la observación de sendos libelos exitosos en varios países de la región. Sin embargo, dada la apertura que se defiende en este artículo, debe aclararse que la opción que se recomienda no debe ser utilizada como un formulario sacramental, ya que debe estar sujeta a la propia iniciativa de la parte. Para el desarrollo de destrezas en la impugnación, consúltense las siguientes obras: Falcón, Enrique y Rojas, Jorge: *Cómo se hace una apelación. La sentencia y los recursos*, 2da. edición, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Argentina, 2002. Carrió, Genaro: *Cómo fundar un recurso. Nuevos consejos elementales para abogados jóvenes*, Abeledo Perrot, Argentina, 2001.

Y Por ejemplo, si el defecto es falta de fundamentación, deberán citarse los artículos: 11, 12 y 14 de la Constitución de la República; 1, 2, 3, 18, 130, 357 inciso 2, 362 inciso 4 Pr.

Y Si se reclama violación a las reglas de la sana crítica: 1, 2, 3, 18, 130, 162 párrafo cuatro, 356, 357 inciso 2, 362 inciso 4 Pr.

Y Si se reclama falta de enunciación del hecho acusado: 314, 322, 343, 362 inciso 2 Pr.

Y Si se reprocha falta de determinación del hecho probado: 357 inciso 3, 362 inciso 2 Pr.

Y Si se trata de prueba ilegítima: citar si hay artículos constitucionales relativos al derecho de defensa, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, etc. Luego, los artículos: 1, 2, 3, 15, 16, 18, 162 párrafo segundo Pr.

Y Si falta o es incompleta en su parte dispositiva: 357 inciso 4 y 362 inciso 5 Pr.

Y Si falta la fecha de la sentencia o la firma de algún juez: 357 inciso 5, 131 párrafo segundo, 362 inciso 6 Pr.

Y Si se inobservan las reglas de la deliberación: 356, 358, 362 inciso 7 Pr.

Y Si se quebranta el principio de congruencia: 359, 362 inciso 8 Pr.

En el fundamento del motivo conviene iniciar el primer párrafo con una descripción sucinta, pero completa, del error que se reclama. Aquí se explica la forma incorrecta en que el tribunal aplicó la ley procesal o sustantiva. Veamos que primero se desarrolla el defecto, y posteriormente se indica cómo ese error influyó en los intereses de las partes (agravio), y por último se indica la forma en que el Tribunal debió haber aplicado la ley (esto es, el sentido y alcance de la norma vulnerada), y se propone la fundamentación correcta y señala qué pretende de la Sala, que se resuelva de una vez el conflicto o que se anule total o parcialmente la sentencia.

3.2.1. Exposición del agravio.

En la exposición de cada motivo el elemento nuclear es el agravio. Suele suceder que los impugnantes no atinan a explicar cómo la decisión los perjudica, limitándose la mayoría de las veces a reclamar en términos muy genéricos la vulneración de la ley. Esto es incorrecto, porque aún tratándose de defectos absolutos, la parte debe demostrar a la Sala cómo ese error le perjudica. A pesar de esas insuficiencias en la impugnación, si el recurrente señala que ha sufrido un agravio, con ello abre la vía impugnativa, y será cuando con mayores elementos de juicio que, al estudiar el fondo, la Sala determine si existe o no el agravio. Si la exposición del agravio es incomprensible, debe prevenirse al impugnante para que desarrolle con mayor propiedad su alegato. Esto bajo la idea de que se puede

corregir lo defectuoso, no lo inexistente, salvo, evidentemente, el caso en que el imputado o la víctima impugna por sí mismos, sin asesoría letrada, pues en tales eventos la Sala juega un papel cautelar en función de hacer efectivo el derecho a la revisión del fallo a través del recurso de casación. Por ello, en este supuesto de excepción, debe hacer una prevención lo suficientemente didáctica como para que un ciudadano común entienda que debe explicar cómo el defecto que reclama afectó sus expectativas. Si al interponer el recurso del todo el abogado no señala el agravio, o este no puede deducirse de una lectura integral del recurso, o habiéndose concedido plazo a la víctima o al imputado para corregir, no lo hacen o contestan sin suplir los defectos apuntados, procede declarar inadmisibile el motivo. Esta solución de inadmisibilidad es aplicable solo de manera residual, cuando la Sala no logre comprender a cabalidad cuál es el defecto y el agravio que se reclama.

Puede observarse entonces que la Sala examina el agravio en dos momentos: en el examen preliminar, donde basta con la enunciación, aunque sea precaria del agravio, y en fondo, donde la Sala determinará la existencia y suficiencia o trascendencia del agravio. En algunos casos, y por economía procesal, la Sala puede declarar inadmisibile un recurso por improcedente, cuando es evidente que el defecto y el agravio no existen, pues no tendría sentido abrir la vía del recurso a quien de manera temeraria trata de sorprender a la Sala; si ese error procesal no es notorio, sino que requiere de mayor análisis de parte de la Sala, el tema debe reservarse para el fondo.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el agravio, gravamen o perjuicio es la afectación que provoca la resolución en el goce de los derechos o en la expectativas de la parte. En el caso del imputado el perjuicio es procesal y sustancial, y se comprueba comparando la situación anterior al dictado de la resolución, con la situación generada con el fallo. En el caso del Ministerio Público el perjuicio es procesal, porque no interviene en el proceso reclamando derechos propios, sino que su interés consiste en revertir el fallo porque le impidió demostrar su pretensión punitiva.

Para todos los casos hay que considerar que no existe agravio en los siguientes supuestos:

ÿ *El agravio no se demuestra sino que deriva de una construcción artificial propuesta por quien recurre.* En esto hay que ser cuidadosos, porque no podría declarar inadmisibile un recurso bajo el argumento de que el impugnante realiza una valoración subjetiva o parcial de la prueba, ya que de antemano la Sala estaría dando por objetiva y suficiente la fundamentación de la sentencia, y ello sólo puede

hacerse en una sentencia de fondo, después de que la Sala haya tenido oportunidad de revisar con atención el fallo de mérito.

ÿ *Se invoca únicamente la vulneración de la ley, sin individualizar la afectación concreta.* Esto se presenta cuando el abogado pretende que la Sala lo ilustre sobre cuál es la teoría o la posición dogmática o jurisprudencial que debe seguirse en supuestos de la misma naturaleza, pero que analizado en el caso particular la modificación en la tipología aplicada no alteraría la situación jurídica. Así, si al imputado se le absolvió aplicando el *in dubio pro reo*, carecería de interés el recurso en que se gestiona la absolución por certeza de la inocencia.

ÿ *La parte contribuyó con su acción u omisión para que desplegaran sus efectos los actos o resoluciones cuya nulidad pretende.* Esto sucede por ejemplo cuando lo que se reclama es un defecto procesal relativo y la parte no se opuso en tiempo y forma, y convalidó el acto irregular, ya que la falta de protesta oportuna es una razón que justifica el rechazo del motivo en admisibilidad (artículos 226, 228 y 421 párrafo segundo Pr.). En las audiencias orales, la revocatoria equivale a protesta (artículo 409 párrafo segundo). Cuáles defectos se pueden sanear?. Los que constituyen nulidades relativas (223, 226, 228 Pr).?Los absolutos no son saneables, pero, aún cuando existan, no siempre procede la nulidad, si no han causado perjuicio.

Como se ha visto, el agravio debe ser de cierta magnitud. Debe ser decisivo o esencial. Esa afectación, en el orden procesal, se comprueba con los métodos de inclusión o exclusión mental o hipotética. El primero, la inclusión mental se utiliza para conocer los casos de *omisión o preterición de prueba*: son supuestos en los que el tribunal de instancia rechazó una prueba que era admisible, o no describió el contenido de la prueba evacuada o incorporada al juicio, o bien, dejó de valorar un elemento probatorio, o lo valoró en contra de las reglas de la sana crítica. Para demostrar la decisividad del defecto, el recurrente debe exponerlo en su recurso. Propone a Casación cómo utilizarlo.? Por su parte, el Tribunal de Casación también lo expone en la sentencia (fundamentación expresa). Pero primero ha de haber constatado que existe el defecto. Para examinar la trascendencia del defecto, Casación incorpora ficticiamente lo que dijo o hubiera dicho el testigo. En este ejercicio, es suficiente con que el testigo hubiera sido ofrecido en tiempo y se expresaran los aspectos más salientes de su deposición para demostrar que era pertinente. Sin embargo, si el defecto consistió en alterar el relato del testigo, debe ofrecerse prueba para acreditar su verdadero relato. Esta es la prueba de casación: casetes, declaración de funcionarios presentes o "testigos del testimonio". Con este método, Casación introduce el contenido de la prueba y la valora al confrontarlo

con el resto de la prueba que se produjo en juicio y se valoró en sentencia? Si el resultado se modifica, generando por lo menos una duda razonable sobre la existencia del hecho o la participación del sujeto, entonces el defecto es decisivo. Si las conclusiones coinciden con las del a-quo, el defecto aunque existente, es irrelevante, y no justifica anular la sentencia.

Por su parte, la exclusión hipotética se utiliza cuando se reclama fundamentación ilegítima por incorporación ilegal de prueba. En este caso, la Sala debe declarar que la incorporación fue ilegítima (defecto). Luego, extrae la prueba de la estructura integral del razonamiento del a-quo, y examina si es posible mantener las conclusiones con el resto de la prueba existente. Si no es posible, el agravio era tal.

3.3. Superación de criterios formalistas en la admisibilidad del recurso.

Indudablemente, cuando la Sala declara inadmisibles un recurso, cumple con un precepto legal (artículos 423 y 427), pero con rigor formalista. Sin embargo, hay varias formas de interpretar los requisitos de admisibilidad, unas pueden hacer efectivo el derecho a una revisión integral del fallo a través del recurso de casación y, otras por ser literales y potenciar las formalidades como una finalidad en sí misma, lo que hacen es restringir el acceso a la justicia que puede conceder Casación como última alternativa de estudio del caso por otros jueces en el mismo proceso penal. El estudio preliminar que hagan los Tribunales de Casación debe regirse por una regla básica: en caso de duda sobre si el recurso cumple con los requisitos que señala el código, debe resolverse en el sentido que resulte más favorable para el ejercicio del derecho a impugnar, y admitir el recurso y resolver en el fondo lo que corresponda. Con ello, la prevención para corregir errores en la interposición del recurso, y más aún el rechazo *in limine*, deben ser absolutamente excepcionales.

Ahora bien, son criterios tradicionales de inadmisibilidad *in limine* adoptados por la Sala de lo Penal, los siguientes⁴:

- Incongruencia entre motivo y su fundamentación.
- Se invoca sana crítica y viene criticando la valoración de la prueba.
- Incumplimiento del plazo.

4. Estos y otros criterios se han desarrollado, con diversos matices en Argentina y Costa Rica. En Argentina, la crítica es recientemente formulada por: De Midón, Gladis: La Casación. Control del "Juicio de hecho", Rubinzal - Culzoni, editores, Buenos Aires, 2001. En Costa Rica: González Álvarez, Daniel y Houed Vega, Mario: Algunas consideraciones sobre la evolución de la casación penal, en Ciencias Penales, No. 10, septiembre de 1995. En su momento se recopilaron los criterios de la Casación costarricense durante 1987: Piedra: Juan de Dios: Resoluciones del año 1987 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, s.n.e., San José, 1989.

- ÿ Falta de impugnabilidad objetiva.
- ÿ Falta de impugnabilidad subjetiva.
- ÿ Mezcla de motivos de fondo y forma, por incompatibilidad de soluciones pretendidas.
- ÿ Falta de protesta oportuna, por falta el interés.
- ÿ Se rechaza cuando es el alegato de infracción al principio *in dubio pro reo* es una apreciación particular del impugnante, y se le dice que es misión del Tribunal de sentencia.

Como aspecto positivo hay que destacar que al menos en El Salvador algunos de los aspectos que anteriormente se consideraban como razones para declarar inadmisibles *in limine* el recurso, hoy en su mayoría justifican que la Sala prevenga al impugnante para que corrija lo que corresponda. Así, en la actualidad se previenen los siguientes defectos en los libelos:

- ÿ Falta de separación de motivos de fondo y de forma.
- ÿ Separación de varios motivos de forma que se reclaman conjuntamente.
- ÿ Se invocan reglas de sana crítica y se le previene que puntualice la parte de la sentencia donde se encuentra el error que invoca y que señale la incidencia del error en el fallo.
- ÿ Corrija la solución que pretende: señale el sentido y alcance de las disposiciones que debió haber utilizado el tribunal⁵.
- ÿ Cuando está señalado el agravio, y no bien fundamentado, se le previene para que amplíe sus consideraciones.
- ÿ Se invocan diferentes supuestos de 362.4, se previene para que separe y concrete motivos: falta de fundamentación o alguno de los otros supuestos ahí contenidos.
- ÿ Confunde falta de fundamentación con violación a reglas de sana crítica.
- ÿ Invoca solamente el 362.4, para que señale cuales son las otras disposiciones inobservadas o erróneamente aplicadas por el Tribunal, porque se considera insuficiente para configurar el agravio.
- ÿ Se exige cuál es la regla de la sana crítica inobservada.

5. Como parte de la expresión de motivos, indicaba De la Rúa: "... es también necesario que se señale cuál es la aplicación que se pretende, con lo cual quedaría señalado el error atribuido a la sentencia. La exigencia se cumple indicando cuál es la norma que debió ser aplicada, y con qué alcance y sentido, de manera de precisar la interpretación errónea que se atribuye al Tribunal de juicio. Adviértase que mientras la ley por una parte exige la "concreta mención de la disposición violada", en este punto no se conforma ya con la simple mención de la norma que debió aplicarse, sino que exige eso y algo más, es decir, que sea señalada cuál es la aplicación que se pretende, de dónde deriva la necesidad de suministrar la inteligencia de esa aplicación. En este sentido En este sentido, sería improcedente el recurso cuando se mencione una ley en forma genérica sin individualizar el artículo correspondiente, o cuando se sostenga la aplicación de una norma de la ley penal en lugar de otra, sin señalar la interpretación que deba dársele / No es necesario, sin embargo, que el recurrente abunde en consideraciones doctrinarias o argumentaciones teóricas para justificar la interpretación a que aspira. El cumple el requisito con señalar esa interpretación. Las razones que puedan darse en su apoyo, pueden ser expuestas en la audiencia del juicio de casación, al producir los fundamentos...". De la Rúa, Fernando: *El Recurso de Casación en el derecho positivo argentino*, Víctor P. De Zavalía, editor, Buenos Aires, 1.968, págs. 221 y 222.

ÿ Hace una valoración subjetiva de la prueba. Se le previene para que enderece.

ÿ In dubio reo. Se previene cuando se puede ubicar en la sentencia, para que desarrolle dónde está la duda.

ÿ Pretenden modificar el cuadro fáctico en un motivo por el fondo.

ÿ Cuando el impugnante revalora la prueba para modificar los hechos. Son supuestos de violación indirecta de la ley sustantiva.

Por su parte, el recurso se admite cuando reúne los requisitos, pero contiene algunos defectos que pueden obviarse, tales como:

ÿ Confunde la pretensión con la solución.

ÿ Cuando del contexto del recurso se denota la infracción, pero no cita la disposición legal (por ejemplo, se habla de tentativa y no se cita artículo)⁶.

En el momento actual la Sala conoce abundante recursos de casación, sin embargo, la solución jurídica mayormente aplicada es la inadmisibilidad, eso sí, los recursos se declaran inadmisibles después de darle oportunidad al impugnante para que corrija algunos defectos que la Sala observa en el libelo de interposición. Esta utilización de la prevención, como principal producción jurisprudencial de la Sala significa, al mismo tiempo, una ventaja y una desventaja: La ventaja consiste en que permite que el recurrente pueda ilustrar a la Sala sobre las razones de su inconformidad. Con ello se concede oportunidad para que quien redactó un recurso defectuoso pueda enmendar las falencias que observa la Sala. No obstante que, en términos generales, optar por la prevención es más ventajoso que el rechazo del recurso *in limine*, por la forma en que la Sala hace las prevenciones, y dado el enorme desconocimiento de los abogados sobre la dinámica del recurso, son escasas las ocasiones en las que el impugnante acierta a corregir las prevenciones que se le plantean. A ello debe agregarse, como desventaja, que al revisar las estadísticas del 2004, se observa que de 500 casaciones interpuestas (unidas a las 248 que habían quedado pendientes de resolución en el 2003, se hicieron 280 prevenciones y se declararon inadmisibles 266 recursos, quedando tan solo menos de 100 casos para sentencia. Fue así como de ese universo de casos, se casaron 40 sentencias y se rechazaron 57 recursos. De ahí deriva que más del 80% del trabajo de la Sala se concentra en el estudio preliminar del recurso, mientras que menos del 20 % de la actividad se dedica al estudio de fondo. Esto trae como resultado que *la función jurisdiccional se está invirtiendo en la revisión del recurso, y no como se exige internacionalmente, en la revisión integral de la*

6. Esto ya lo aclaraba De La Rúa: "... El error en la denominación del motivo no constituye, sin embargo, causal de inadmisibilidad, siempre que el agravio se encuentre clara y suficientemente expuesto" . De la Rúa, Fernando: Op. cit, pág. 219

sentencia de mérito. La afectación del acceso a la justicia o la tutela judicial efectiva es evidente, y se agrava aún más si se considera que en la mayoría de casos que ingresan a la Sala los imputados están en prisión preventiva.

A ello debe agregarse que, en caso de continuar con el funcionamiento actual, Casación no cumpliría ninguno de los fines de la casación, ya que al no conocer el fondo, no podrá aplicar la justicia del caso concreto ni podrá unificar la interpretación de las leyes.

La apertura en los criterios de inadmisibilidad es el primer paso para convertir a Casación en un Tribunal Penal más dedicado a administrar justicia por medio del conocimiento de los recursos de casación.

Algunos de los criterios tradicionales de inadmisibilidad pueden modificarse si se considera que la prevención debe funcionar como un mecanismo que facilite el ejercicio del recurso, en la medida en que concede una oportunidad a la parte para que ilustre a la Sala sobre los alcances del agravio, elemento nuclear de la impugnación. Las demás deficiencias pueden ser suplidas por la Sala, pues como máximo Tribunal en materia penal, conoce el derecho (*iura novit curia*), y con él las normas inobservadas, la solución aplicable, la ubicación normativa de cada defecto y, por la experiencia en el conocimiento de los recursos, puede ubicar con facilidad cuál es el razonamiento defectuoso⁷.

Cabe agregar que otros errores del recurso pueden obviarse si se engloban bajo la misma razón: históricamente se ha señalado que Casación sólo debe examinar el Derecho y no los hechos, siendo función de los tribunales de instancia valorar la prueba y establecer los hechos probados, conforme a la inmediación⁸. Sin embargo, en la actualidad voces autorizadas critican el valor de la inmediación, el cual se ha sobredimensionado al punto que más que una justificación razonable, funciona como un verdadero obstáculo para interponer recursos de casación. Teniendo en cuenta que la inmediación es sólo una forma de realizar las audiencias que

7. En contra de los alcances aquí defendidos del mencionado principio, De la Rúa apuntaba lo siguiente: "... El recurso debe bastarse a sí mismo porque en el juicio de casación se reduce la vigencia del principio *iura novit curia* que permite suplir de oficio las omisiones del recurrente. El conocimiento del Tribunal de casación queda circunscrito a los puntos de la decisión a que se refieren los agravios aducidos en condiciones esenciales de forma, y los defectos de interposición no pueden ser remediados por el Tribunal, porque ello le está impedido por la limitación de su propia competencia excepcional ...". *Ibid.*, pág. 223

8. Aludiendo a sentencias de mediados del siglo XX, De la Rúa sostiene que "... Al tribunal de casación sólo le corresponde el control de la aplicación de la ley sustantiva por los tribunales de mérito. Su misión se limita a la revisión del juicio de derecho contenido en la sentencia. Todo lo que se refiera a la determinación del hecho y al ejercicio de poderes discrecionales queda fuera de su ámbito...". *Ibid.*, págs. 104 y 105.

facilita el contradictorio, no debe considerarse como un impedimento para valorar la prueba en casación. De hecho resultaría arbitrario que el Tribunal de sentencia fundara su sentencia exclusiva o primordialmente en la idea que se forme en el juicio sobre las expresiones de los testigos o peritos, pues es sabido que las personas no actúan de manera espontánea en un ambiente formalizado o ceremonial como es el juicio. De cualquier forma, las conclusiones que el Tribunal pueda extraer del comportamiento o los gestos o expresiones corporales del testigo o el perito en el juicio son apreciaciones equívocas que ni siquiera pueden servir como prueba indiciaria sobre la veracidad del testigo y menos sobre la existencia de los hechos. Respecto a la valoración de la prueba, casación está ubicada en la misma posición del Tribunal de instancia: ambos deben valorar la prueba de igual forma, conforme a la sana crítica, solo que la finalidad con la que realizan esa ponderación difiere, pues mientras que el Tribunal se avoca a confirmar o no la hipótesis acusatoria y con ello declarar al acusado culpable o no, la Sala valora la prueba como mecanismo para controlar si los jueces de sentencia examinaron la prueba de acuerdo a aquellas reglas⁹.

En esas condiciones, admitida la posibilidad de que la Sala valore la prueba, como usualmente lo hace cuando se reclama inobservancia de las reglas de la sana crítica sobre elementos probatorios de valor decisivo, o preterición de prueba, todos aquellos criterios que impiden el acceso a Casación bajo la excusa de que se vulnera la inmediación deben ceder ante el derecho de hacer efectivo el examen de la sentencia por parte de máximo tribunal penal. Entre estos criterios pueden citarse los siguientes: revaloración de la prueba, individualización de la pena, casación por violación indirecta de la ley sustantiva, intangibilidad de los hechos probados. Sobre esto último hay que recordar que como regla tradicional se rechazan los recursos que pretenden una construcción diversa de otro hecho, para ello se aduce que como Casación no intermedió en el desfile probatorio no puede valorar la prueba y menos construir un nuevo hecho. Sin embargo, si como se ha indicado la Sala puede valorar la prueba, también puede establecer un nuevo hecho probado, siempre que no sea en contra del acusado, pues le negaría el derecho a que se revise lo que la Sala resuelva por parte de otro Tribunal.

9. Véase, para todos: Igartua Salaverría, Juan: Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, págs. 162 a 165. En el mismo sentido y siempre crítico, del mismo autor: La motivación de las sentencias, imperativo constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, págs. 173 a 181.

3.5. Necesidad de una resolución intermedia que se pronuncie sobre la inadmisibilidad parcial.

Siguiendo los criterios actuales de inadmisibilidad, es frecuente observar que la Sala de lo Penal resuelva en la decisión de fondo sobre la inadmisibilidad de uno o varios motivos que no cumplieron con la prevención, para luego pronunciarse en el fondo sobre otros motivos que se admitieron.

Si se rechazan varios o todos los motivos es necesario dictar una resolución sobre la admisibilidad, pues solo de esa forma la Sala garantizaría a las partes la posibilidad de controlar un eventual error judicial cometido por la misma Sala. Al respecto hay que recordar que en un Estado de Derecho no pueden existir ámbitos de poder sin control, pues eso no solo generaría injusticias, sino que amplios márgenes de discrecionalidad afectarían el funcionamiento del sistema democrático, que exige la rendición de cuentas sobre los poderes conferidos, siendo uno de ellos la administración de justicia, todo órgano judicial debe explicar el por qué de sus decisiones, incluso aún las interlocutorias, como son las que resuelven la inadmisibilidad de un recurso, pues con ellas se podría causar un gravamen irreparable a una parte, sobre todo en su último intento por procurar la justicia en su favor.

El artículo 427 Pr. solo regula la inadmisibilidad total, que tiene como efecto inmediato la devolución de las actuaciones al Tribunal de origen (párrafo segundo) y, la admisibilidad total que permite conocer los motivos en la sentencia de fondo (párrafo tercero). Sin embargo, en la ley no se prevé expresamente el supuesto más frecuente que consiste en declarar inadmisibles uno o varios motivos y reservar para la el fondo la decisión de otros motivos que cumplen con las formas legales.

No existe obstáculo legal para que la Sala adopte como regla de trabajo dictar una decisión intermedia que resuelva sobre la inadmisibilidad parcial, que debería ser notificada a las partes, para que puedan ejercer los derechos de solicitar su adición o aclaración e incluso hasta su revocatoria. Esta decisión debe estar fundamentada, con expresión de las razones por las cuáles el o los motivos son inadmisibles.

Debe reconocerse que, aunque con el emplazamiento ha habido sustanciación y con ella la oportunidad para contradecirlo, es factible que el inconforme solicite la revocatoria de esta decisión de la Sala que resuelve el trámite de admisibilidad, porque: (i) La sustanciación no es un impedimento legalmente previsto como causa que impida gestionar la revocatoria, sino que deriva de

interpretaciones doctrinarias y regulaciones legales ajenas a la realidad jurídica del Pr. Salvadoreño. (ii) La Sala de lo Penal, al igual que cualquier otro órgano jurisdiccional, debe fundamentar sus decisiones y facilitar con ello el control de las partes sobre su corrección no.

En caso de que la Sala asuma esta posición es previsible que se incremente el número de resoluciones. No obstante, se puede pronosticar que en la mayoría de casos, las revocatorias serían improcedentes por falta de sustento del impugnante.

Por último, ha de advertirse que si no se implementa esa decisión interlocutoria, la Sala corre el riesgo de que su omisión justifique interponer un recurso de amparo en su contra por violación al derecho de defensa.

III. Conclusión general

Sin duda el panorama de la casación penal en El Salvador ha variado en el pasado reciente, y seguirá modificándose paulatinamente en los años venideros, pues existe la coincidencia de opiniones entre los usuarios y los operadores que la justicia que imparte la Sala debe ser efectiva, oportuna y de calidad. Una justicia con rostro humano, que solucione los conflictos de las partes.

La modificación de algunos de los criterios de inadmisibilidad es el primer paso para esa renovación. Sin embargo, para que la casación contemporánea pueda cumplir con los cometidos de hacer accesible el derecho del recurso, los abogados deben comprender que la modernización no significa desformalización total, pues aún rige la carga de comprobar autónoma y suficientemente los agravios.

6. Guía práctica sobre la función investigadora del fiscal

*Félix Fumero Pugliesi**

Sumario

A. Razón y propósito de la razón investigadora del fiscal. B. Preparación para llegar a la escena del crimen. C. Procedimientos a seguir al llegar a la escena del crimen. D. Presencia de la prensa en la escena. E. El trabajo que debe realizarse en la escena. a) Fotografías. b) Croquis o dibujos. c) Cintas de video. F. Recolección de evidencias en la escena. G. Levantamiento y manejo de evidencia en la escena. H. Guías generales sobre la recolección, preservación y custodia de la evidencia. I. Análisis periciales: en general. J. Exámen del cadáver. K. Actitudes y emociones del fiscal investigador durante la investigación de la escena. L. Procesos posteriores en la investigación de la escena. M. Investigación de otros delitos donde no hay escena. N. Normas generales sobre las entrevistas a testigos.

A. Razón y propósito de la labor investigadora del fiscal.

Conforme a lo dispuesto en el Artículo 238 del Código Procesal Penal, el fiscal tiene la responsabilidad de iniciar una investigación tan pronto tiene conocimiento de la comisión de un hecho delictivo en el país. Su obligación investigadora se extiende no solo a obtener prueba de cargo para sostener la comisión de un delito, sino que también debe conseguir la prueba exculpatoria o de descargo para beneficio del imputado. De esta norma surge implícitamente que el objetivo principal de la labor investigadora es la búsqueda de la verdad, no el procesar judicialmente un caso o encontrar a un culpable. La obtención de la verdad significa precisar los hechos tal como ocurrieron, sin quitarle ni ponerle nada, aunque lo que surja de esos hechos reales no nos agrade como

* Abogado puertorriqueño. Asesor legal del Fiscal General de la República de Puerto Rico. Este trabajo forma parte de los productos de la consultoría de capacitación en el puesto de trabajo, sobre "Diseño de estrategia de investigación del delito y dirección funcional", dirigida a fiscales, gracias al Proyecto de Justicia de la Agencia Internacional de los Estados Unidos para el Desarrollo (USAID/NCSC/DPK), en enero de 2005.

investigadores o como ciudadanos. La meta debe ser que se esclarezca la verdad y que se haga la mejor justicia. El fiscal no es un competidor cuya principal fin sea ganar la carrera en el esclarecimiento de los casos y tampoco su meta debe ser la de complacer los reclamos individuales o quedar bien con la opinión pública. Los requisitos de honestidad y probidad, de competencia profesional, destreza jurídica y diligencia, se han exigido en todos los tiempos. Estos atributos se manifiestan desde la etapa de investigación y se extienden hasta el procesamiento de causas ante los Tribunales.

Conforme con lo dispuesto en el Artículo 164 del Código Procesal Penal, cuando el fiscal comparece a una escena donde se ha cometido un delito o cuando es consultado durante el curso de cualquier investigación, le corresponde dirigir y orientar la misma. Esto significa que debe asumir la responsabilidad de evaluar el caso, tomar decisiones en cuanto a qué testigos entrevistar y qué pruebas periciales ordenar. También debe proveer asesoramiento a la policía en cuestiones de derecho cuando se le requiera y, lo más importante, decidir cuándo la investigación ha producido prueba suficiente para formalizar el requerimiento y procesar judicialmente el caso.

La investigación es la etapa más importante del proceso criminal. El fiscal debe entender que en ese proceso es esencial evaluar el producto de la investigación en atención al futuro juicio. La investigación es la base sobre la cual el proceso ha de sostenerse y, por tanto, la prueba que se obtenga debe ser fuerte y confiable.

El fiscal no debe mantenerse al margen de la investigación de un caso descansando en la premisa de que la labor del investigador o del policía siempre es eficiente. En última instancia, es el fiscal el que tiene la responsabilidad de procesar y dar la cara ante la sociedad cuando se frustra la realización de la justicia en aquellos casos en que la policía hizo una investigación deficiente. Si el fiscal no participó en la etapa investigadora y tampoco hizo una fiscalización efectiva permitiendo que un caso incompleto o defectuoso entre al proceso judicial, siempre tendrá alguna responsabilidad por su indolencia.

En ocasiones, el fiscal puede caer en la tentación de autorizar el que prematuramente se procese judicialmente a un sospechoso, confiando que posteriormente se obtendrá la prueba necesaria que complete la investigación. La experiencia enseña que lo que no se haya hecho durante la investigación es casi siempre más difícil, y a veces imposible, hacerlo después. Ejemplo de esto es el examen e incorporación de todos los testigos de cargo que son necesarios y las pruebas periciales que pueden hacerse con la evidencia que se levantó en la escena. Si no se realiza una

investigación responsable y bien hecha, es posible que no se sepa o no se descubra que hay testigos adicionales que pueden probar un hecho, o pruebas o pericias científicas que refuerzan nuestro caso. Y si no se descubren esos testigos, esas pericias o pruebas durante el proceso, casi nunca pueden utilizarse en la vista pública porque no fueron incorporados como testigos o prueba de cargo en la audiencia preliminar. En tales situaciones, el Código Procesal Penal contiene únicamente una puerta bastante estrecha para incorporar la prueba que no fue ofertada en la audiencia preliminar, limitando la posibilidad de su presentación durante la vista pública solo cuando hayan surgido nuevos hechos que requieran su esclarecimiento (prueba para mejor proveer-Art. 352 CPP).

Cuando se hace una investigación ligera de unos hechos delictivos puede que no se conozca la identidad de todos los testigos que son pertinentes al caso y puede ser que el abogado de defensa los descubra y los use para su beneficio. Una vez que el abogado incluya como prueba de defensa testigos que propiamente debieron haber figurado como testigos de cargo, el fiscal no tendrá derecho a presentarlos en el juicio. Incluso en algunos casos esto puede conllevar que el fiscal se quede sin prueba o no tenga una prueba satisfactoria, lo que podría producir un fracaso de la justicia. El fiscal investigador no debe permitir que esto ocurra, máxime cuando todos los testigos pudieron haber sido entrevistados e incorporados como testigos de cargo porque estaban disponibles durante la investigación.

También cuando no se realizan las pruebas periciales que son pertinentes y que pudieron ordenarse y hacerse desde la investigación, generalmente el defensor aprovecha para explotar esta omisión investigadora. Irónicamente cuando esto ocurre, la policía se defiende responsabilizando al fiscal por no haberlas ordenado. Pero más importante aún, la prueba pericial por regla general refuerza el caso del fiscal y la misma puede ser el factor decisivo para producir la convicción de la persona que cometió el delito imputado.

El fiscal no debe acudir a la escena donde se cometió un crimen con el único propósito de ordenar el levantamiento y traslado de un cadáver. El fiscal debe ir a la escena con el propósito de familiarizarse con la misma para supervisar que toda la evidencia sea obtenida en debida forma. Es importante perpetuar la escena mediante fotografías, películas, dibujos o croquis, de tal forma que se facilite esclarecer el hecho delictivo cometido y a identificar y relacionar al autor del delito. El fiscal debe investigar el caso proyectándose siempre al proceso judicial futuro que puede producir su investigación. Para cumplir adecuada y efectivamente con esa obligación, es necesaria su participación en la investigación de la escena del crimen. Al familiarizarse el fiscal con la escena del crimen puede determinar las teorías más probables en torno al hecho

delictivo, lo que le evitaría perder tiempo en la investigación de rumores o teorías que resulten incompatibles con los hallazgos que el fiscal encontró en la escena.

B. Preparación para llegar a la escena del crimen.

La escena de un crimen es el lugar donde ocurre un delito y donde aparece el resultado de un delito. También se considera que son parte de la escena, las zonas que utilizó el autor de un delito para escapar del lugar donde cometió un crimen. Además, es el lugar donde ocurre una muerte no natural, aunque ésta no se haya producido por intervención o por la acción de otra persona, como son las escenas de suicidio o de accidentes. También se considera una escena el lugar donde haya una persona muerta, a pesar de que la causa y manera de la muerte no puede determinarse en el momento.

Una vez el fiscal llega a la escena no puede tener prisa mientras está interviniendo en la investigación. Debe dedicarse a la investigación todo el tiempo que ésta requiera, independientemente de cuánto tiempo sea. Si no lo hace así, puede poner en riesgo el resultado final de esa investigación. El fiscal debe resistir las solicitudes que le hagan los agentes de la policía u otros particulares para que se aligeren o se omitan gestiones que deben hacerse en la escena.

Muchas de las escenas de crimen ocurren en lugares de alta peligrosidad. En estos casos, el fiscal investigador debe prepararse, tanto para velar por su seguridad personal como por la seguridad de la escena misma. Debe solicitar información previa antes de acudir a la escena y cerciorarse que se han tomado las medidas de seguridad adecuadas que garanticen que se pueda trabajar la escena con seguridad. El fiscal debe comprobar que haya agentes de la policía pendientes de la seguridad en los lugares peligrosos.

C. Procedimiento a seguir al llegar a la escena del crimen.

- Primero, debe determinarse qué tipo de escena es (si es abierta o cerrada) y cuál es su extensión.

- Anotar la hora de llegada a la escena.

El fiscal debe tomar notas de todos los aspectos relevantes a la investigación incluyendo los nombres de los funcionarios claves que están en la escena o que van a trabajar en la misma.

- Segundo, antes de entrar en la escena, el fiscal debe:

- (a) Visualizar lo que tiene ante sí, tal como la extensión de la escena, su acceso y si en ese momento está debidamente protegida o no.

Esto es lo que se denomina el examen preliminar de la escena. El fiscal debe mirarla con detenimiento, a los fines de obtener una buena imagen panorámica de la extensión o perímetro de la escena y su protección.

(b) Comunicarse inmediatamente con el personal de la policía que protegen la escena y con cualesquiera otros funcionarios que puedan dar información preliminar en cuanto los hechos, cuántos cadáveres hay en la escena, la clase de heridas y si hay en ese momento algún sospechoso o testigos.

(c) Determinar, de no haberse hecho antes, si deben tomarse medidas de seguridad para la protección de la escena y de los funcionarios.

(d) Cerciorarse de que la escena esté protegida con medidas de protección como las siguientes:

- acordonarla con cinta, sogas, o cualquier otro material que sirva para establecer su perímetro;

- tener oficiales policíacos en los puntos estratégicos para evitar el paso de los curiosos;

- cubrir cuando sea necesario (con plástico o material impermeable) las áreas de la escena donde pueda haber evidencia que sea susceptible de ser alterada por las condiciones del tiempo o del lugar, incluyendo el cadáver.

Es de cardinal importancia recordar que la evidencia no debe ser desplazada o movida del lugar en que se encuentre antes de trabajar la escena, a menos que sea absolutamente necesario por razones de seguridad.

(e) Observar desde afuera la escena en todas las direcciones (arriba, abajo, a la derecha, a la izquierda) para determinar qué evidencia existe en toda su extensión. En las escenas cerradas donde ha habido disparos, deben buscarse impactos de balas en las paredes, piso y techo. En el suelo, deben buscarse huellas de zapatos, marcas de herramientas, manchas de sangre, huellas dactilares, impactos de balas, etc. Es de suma importancia que esta observación minuciosa se haga por parte del Fiscal en la escena, pues le ayudará grandemente en la investigación posterior cuando el caso se esclarezca.

Esta observación se hace para fijar la ubicación de la evidencia y evitar que pueda alterarse con el paso por la escena de los funcionarios que están llamados a investigarla.

(f) Asegurarse de que el equipo de trabajo que participará en la investigación de la escena, esté presente para comenzar a trabajar, y establecer un método de trabajo. Es importante asegurarse

también que estos funcionarios tengan sus equipos de trabajo y que estos funcionen adecuadamente. Si existe algún problema con el equipo, como por ejemplo que el funcionario no tenga polvo de grafito o rollos para las fotografías, debe resolverse esta situación obteniendo el equipo necesario antes de trabajar la escena. Debemos recordar que ese es el momento de perpetuar la escena y lo que no se haga en ese momento no podrá hacerse después.

D. Presencia de la prensa en la escena

Los medios de comunicación tienen el derecho de investigar e informar las noticias sobre la actividad delictiva que ocurre en el país. El fiscal puede contestar las preguntas que hagan los representantes de los medios de comunicación sobre los aspectos generales de la escena y revelar datos que sean evidentes y terminantes, como por ejemplo, sexo y edad aproximada de la víctimas, número de víctimas, etc. Sin embargo, el fiscal no debe adelantar información que posteriormente pueda perjudicar la investigación, como por ejemplo, nunca se deben exponer las posibles teorías investigadoras ni especular sobre los posibles móviles de un crimen. Tampoco debe revelar el fiscal información sobre lo que declararían los testigos que él entrevistó en la escena, ni teorizar sobre ningún asunto cuyo resultado dependerá de una eventual opinión pericial. No se debe autorizar la entrada de la prensa a una escena que todavía no se ha trabajado por los investigadores, para evitar que el paso de los periodistas y camarógrafos alteren la escena.

E. El trabajo que debe realizarse en la escena.

El Fiscal debe ordenar que nadie toque o levante cualquier objeto que pueda ser evidencia a menos que ésta se haya fotografiado previamente y se haya documentado su ubicación en la escena para referencias futuras. Una fotografía vale más de mil palabras y, adecuadamente tomada, puede constituir uno de los elementos de mayor valor para la investigación y para el proceso futuro.

Métodos para perpetuar la escena:

(a) Fotografías

El perpetuar la escena mediante la toma de fotografías es imprescindible y necesario. Un fiscal nunca debe conformarse con la información de que el funcionario a cargo de fotografiar la escena tiene que cubrir otras escenas y por tal razón, exige cubrir con mucha prisa la escena presente. El que dirige la investigación en la escena es el fiscal y no el personal investigador. En todas las situaciones el fiscal debe cerciorarse que se tomen todas las fotografías necesarias. Debe indicar al fotógrafo qué fotografías desea que se tomen. En este aspecto, lo que abunda, no daña. Es preferible tomar fotografías de más que de menos.

Las fotografías son las que le mostrarán al juzgador la visión gráfica del caso. Es importante que la escena se fotografíe en un ángulo visual que la cubra lo más completa posible. Las películas tomadas de la escena también constituyen prueba ilustrativa que ayuda al juzgador a comprender lo que declaran los testigos sobre los hechos del caso.

Las siguientes normas deben seguirse al trabajar la escena:

- Nadie deberá estar trabajando dentro de la escena en el momento en que ésta se fotografíe, ni deben incluirse en las fotografías elementos extraños a la escena, por ejemplo, equipo policial, pertenencias del fiscal o de los investigadores, etc. Esto podría confundir a investigadores futuros que no estuvieron presentes en la investigación de la escena o al juzgador de los hechos cuando examine las fotografías.

- El tiempo constituye un factor esencial en esta etapa de la investigación y la fotografía de la escena tiene prioridad sobre otros aspectos de la investigación.

- El proceso de fotografiar la escena se lleva a cabo durante toda la investigación de la misma, no únicamente antes de trabajarla.

Qué debe fotografiarse:

- Vías de acceso a la escena (entradas y salidas, o aquellas entradas o salidas que puedan haber sido usadas con mayor probabilidad por el autor del delito).

- Áreas circundantes (patio, calle, área general que rodea la escena).

- Los curiosos o personas que están observando el cadáver cerca de la escena. Muchas veces los futuros testigos del caso o inclusive los imputados están observando la escena y de ser así, la fotografía es de gran utilidad en la vista pública cuando el testigo se reconoce en la fotografía que le muestra el fiscal.

- Rótulos de la calle, número de la carretera del área de la escena, número de la residencia donde ocurrió el crimen (para fines de identificación).

- Exteriores de la estructura o edificio donde ocurrió la escena.

- Toda el área de la escena donde haya habido algún movimiento aparente de lucha.

- Tomas generales de la escena que muestren la ubicación del cuerpo y su posición en relación con el sitio donde fue encontrado.

- El cadáver, desde distintos ángulos de posición, tanto de lejos como de cerca. Deberán ilustrar las heridas o lastimaduras,

las armas que yacen cerca del cuerpo y los alrededores inmediatos.

- Cuando el cadáver sea movido (haciendo la salvedad que esto debe ocurrir luego de que se trabaje la escena), se fotografían los objetos que hay debajo del mismo y las marcas, manchas o cambios aparentes, tanto en el cuerpo como en el área.

- Las manchas de sangre que haya en la escena, tanto en el piso como en el techo y las paredes. En estos casos, los acercamientos son indispensables, ya que la forma y posición de las gotas de sangre al caer, o al llegar a la superficie que sea, pueden brindarnos información valiosa a la investigación al ser analizadas por los peritos en la materia.

- Huellas de herramientas, neumáticos, pisadas, dactilares, palmares, plantares.

- Signos de impactos de bala, de objetos contundentes, en cualquier área de la escena, ya sea piso, paredes o techo.

- Armas de fuego o armas blancas en el lugar donde fueron encontradas.

- Casquillos y proyectiles de bala, en el lugar exacto donde fueron encontrados (debe identificarse el área exacta donde esos casquillos fueron encontrados, para que no haya confusión posterior al identificarlos en sala en el juicio). Debemos recordar que los casquillos y proyectiles, por su tamaño pequeño y su fácil movilidad, deben tratarse con mayor cuidado para evitar cualquier desplazamiento accidental.

- Objetos cuya localización no sea la usual en el lugar, dependiendo del mismo. Esto significa aquellos objetos que lógicamente no deban estar en el lugar donde se encuentre la escena, porque pertenecen a otro sitio. Ejemplo, un martillo en la sala, aunque no tenga sangre, zapatos con fango, etc.

- En caso de tener duda en cuanto a si debe fotografiarse algún objeto o área de la escena, es mejor ordenar que se fotografíe.

En casos de accidentes de vehículos, debe fotografiarse:

- La escena del accidente, incluyendo la ruta y el punto de impacto.

- Posiciones exactas de los vehículos y objetos directamente relacionados con el accidente.

- Todos los puntos y marcas del impacto y daños a la propiedad.

- Todas las obstrucciones del pavimento y los defectos en los caminos.

- Primer plano de los daños a los vehículos: la parte delantera con un lado del vehículo y la sección posterior y el otro lado.
- Marcas de frenos, o de deslizamiento, si alguno.
- Los restos o escombros de material plástico, cristal o metal que se hayan desprendido o producido en la colisión y su localización exacta. Esta localización es de suma importancia para determinar responsabilidad.
- El cadáver, si alguno, desde todos los ángulos y acercamientos.
- Evidencia perteneciente al occiso o a los heridos y que esté incrustada o pegada a alguna parte del vehículo, especialmente la parte delantera.

(b) Croquis o dibujos

Los croquis permiten registrar la ubicación exacta de la evidencia en la escena y la relación de ésta con el medio que la rodea. En el croquis se pueden establecer las distancias y medidas de la escena, altura, anchura y longitud, lo que permite complementar las fotografías como método de perpetuar la escena.

Los croquis también registran en forma permanente aspectos de la escena que no pueden captarse fácilmente mediante fotografías o mediante la declaración de los testigos. Por ejemplo, en el croquis se puede registrar la distancia o escala de un área extensa, al igual que la relación verdadera y precisa entre varios objetos de la escena, lo que no puede hacerse con las fotografías.

A los peritos o investigadores forenses les corresponde preparar los croquis en aquellas jurisdicciones donde estos presten servicios; en las demás jurisdicciones, los deben hacer los investigadores de la policía. El fiscal investigador debe instruir que se haga un croquis detallado de la escena con sus correspondientes medidas y con mucho cuidado. Es muy posible que el croquis que se haga de la escena sea utilizado como prueba ilustrativa en el proceso judicial.

(c) Cintas de video

Cuando esté disponible el uso de cintas de video para perpetuar una escena, las mismas son muy útiles en la investigación posterior. Las imágenes del video pueden ser vistas por los testigos, patólogos y otros peritos facilitando grandemente la labor investigativa. También la cinta podría proyectarse en la vista pública como prueba ilustrativa de cargo, reproduciendo la escena del delito con mayor fidelidad que la que representan las fotografías.

F. Recolección de evidencias en la escena.

La investigación criminal debe partir de la premisa que el autor del delito pudo haber cometido un error dejando algo en la escena que lo identifica o lo incrimina. También puede ocurrir que el autor del delito se llevó algo de la víctima o de la escena misma. Por lo tanto, en la escena se busca qué es lo que ha dejado o qué se ha llevado el autor de los hechos para luego poder relacionarlo con los mismos. Por ejemplo, en la escena puede encontrarse la siguiente evidencia:

- fluidos corporales (sangre, semen, saliva)
- huellas dactilares, palmares y plantares
- huellas de calzado
- cabello de cualquier parte del cuerpo
- escritos o documentos
- fibras
- ropa
- pintura de automóvil
- tierra
- huellas de neumáticos

En ocasiones, la escena habla por sí misma, revelando sin palabras lo que allí ocurrió. Ejemplo de esto, son las manchas de sangre que se encuentren. Estas pueden indicar si la víctima fue asesinada en otro lugar y trasladada al lugar donde se encontró o si fue arrastrada estando herida. Los casquillos y proyectiles que se encuentren, y su ubicación en la escena, pueden indicar si hubo más de un arma y las posiciones desde donde se dispararon las mismas. La escena misma puede indicar además si hubo lucha o forcejeo. Por eso es preciso interpretar correctamente lo que encontramos en una escena de un crimen para corroborar o desmentir las versiones de los testigos que declaran sobre los hechos.

Cuando el fiscal investigador evalúa una escena puede adoptar o desarrollar una teoría de cómo pudieron haber sucedido los hechos y tal hipótesis puede servir como marco para la investigación. Pero la teoría inicial que adopte debe ser constantemente reevaluada a la luz de cada nuevo hallazgo que surja. Durante su investigación el fiscal debe superar la posible resistencia suya y la de los agentes investigadores de la policía a modificar sus teorías iniciales. Por ejemplo, si en la investigación de un asesinato cuyo móvil parecía que estaba relacionado al tráfico

de drogas o una ejecución entre miembros de maras rivales, posteriormente surge prueba de que el posible móvil fueron los celos o un robo, se deben investigar los nuevos ángulos, aun cuando estos se aparten de la hipótesis inicial.

G. Levantamiento y manejo de la evidencia en la escena.

El fiscal investigador debe tener presente que el manejo y levantamiento y la preservación de la evidencia que se recoja en una escena es de la incumbencia y responsabilidad de los investigadores y demás peritos que puedan acudir a la escena por algún motivo. El fiscal no debe intervenir en esta tarea por no ser su campo de experiencia ya que podría afectar la integridad de la evidencia, si interviene indebidamente. Cuando un fiscal usurpa las funciones del personal de investigaciones al levantar evidencia de una escena, se convierte en un potencial testigo en el caso, lo que lo inhabilita para intervenir como fiscal en el procesamiento del mismo.

El fiscal sí debe estar muy pendiente de qué evidencia se levanta, y asegurarse que ese levantamiento o recolección se haga en forma adecuada. Debe conocer la forma apropiada de levantar o recolectar la evidencia que se encuentre en una escena, de forma que pueda determinar cuando el proceso no se está llevando a cabo correctamente.

H. Guías generales sobre la recolección, preservación y custodia de la evidencia

- Debe perpetuarse primero la ubicación de la evidencia en la escena mediante croquis, fotografías y cintas de video.

- Cuando la evidencia se levanta, deberá señalarse el lugar específico de donde se recogió.

- Cuando se levanta la evidencia nunca se debe afectar su valor probatorio. Por ejemplo, un arma de fuego no debe levantarse de la escena introduciéndole algún objeto en el cañón, pues pueden afectarse las marcas que dejó la bala al salir y, posteriormente, el perito no podría determinar si esa arma disparó un proyectil en particular.

- Cuando la evidencia se le ocupa a una persona, debe especificarse el nombre de esa persona, y si es víctima o sospechoso.

- Toda la evidencia recolectada debe embalarse y registrarse para establecer su pertinencia con los hechos y la correspondiente cadena de custodia.

I. Análisis periciales: en general

La recolección de evidencia en una escena tiene un propósito:

ayudarnos a reconstruir los hechos y a identificar a la persona o personas que cometieron el delito. Esto significa que la evidencia que se levante debe tener algún valor para establecer un hecho que debe ser probado en el caso. Debemos distinguir la evidencia que puede tener valor probatorio y descartar los objetos que se encuentren en la escena, pero que no es necesario ocupar porque no tienen ningún efecto o consecuencia con los hechos del caso.

El fiscal debe mantenerse al día en técnicas de investigación y en evidencia científica en casos criminales. Es importante además mantenerse en comunicación constante con los peritos durante la investigación del caso, y compartir con ellos la prueba obtenida para determinar si los testimonios de los testigos son compatibles con los hallazgos periciales. Toda la evidencia que potencialmente pueda ser pertinente o significativa debe ser levantada, aun cuando en el momento inmediato no se vislumbre o no pueda llevarse a cabo ningún análisis o prueba científica. El haber recogido tal evidencia permite que posteriormente la misma sirva para identificar al sospechoso cuando la investigación progrese o cuando surja un testigo que pueda autenticar la evidencia con los hechos del caso. Toda la evidencia que se levanta y las instrucciones que se le impartan a los peritos y agentes debe quedar registrada en las libretas de apuntes del fiscal, no solo para poder darle el debido seguimiento a los asuntos pertinentes al caso sino, además, para que el fiscal pueda defenderse cuando infundadamente se le impute que no hizo una investigación eficiente en un caso.

Análisis periciales que pueden ordenarse durante la investigación de un caso (dependiendo de la escena de que se trate):

- Autopsia.
- Análisis toxicológicos del cadáver: constituyen un procedimiento estándar cuando se realiza una autopsia, y revelan presencia de alcohol, sustancias controladas, venenos o metales pesados en los fluidos del cuerpo.
- Análisis de sangre levantada en la escena para determinar tipo, y si es humana o no.
- Pruebas de ADN para establecer identidad de personas o tipo de sangre. Pueden hacerse con muestras de sangre, cabello, semen o tejido humano y otros fluidos. Las pruebas pueden hacerse sobre fluidos encontrados en forma líquida o en manchas secas.
- Análisis de manchas de sangre en la escena, para determinar si hubo movimiento, desplazamiento, y la altura desde donde cayó.
- Si un arma de fuego es capaz de disparar.

- Calibre de los casquillos y proyectiles que se ocupen en la escena.

- Si los casquillos que se ocupen fueron disparados por una o más armas de fuego.

- Si un arma en particular disparó tal casquillo o tal proyectil. Esto cobra importancia cuando se recuperan proyectiles del cadáver de la víctima y se puede ocupar el arma que se sospecha los disparó. Esta es una prueba pericial de impacto en el juicio y de mucha ayuda en la investigación de casos de suicidio.

- Comparación de las huellas dactilares levantadas en la escena con las de la víctima o las de algún sospechoso o testigo.

- Pruebas para determinar presencia de pólvora y distancia de disparos.

- Análisis de trayectoria de disparos, especialmente en los vehículos de motor que se encuentren en la escena y que hayan recibido disparos. También en cristales o vidrio.

- Restauración de números de serie impresos en superficies metálicas, como por ejemplo los números de serie de armas de fuego o de vehículos de motor.

- Análisis de residuos encontrados después de un incendio o explosión y otros residuos de origen desconocido.

- Pruebas de escritura en documentos dudosos, para determinar si los escribió una persona en particular. Esto cobra importancia en los casos de suicidio en cuya escena se encuentran notas escritas que pudieran ser del occiso. También para determinar la autenticidad de documentos tales como sellos o papel moneda.

- Poligrafía para determinar la credibilidad de la declaración de una persona.

- Si se ocupan medicamentos en la escena que puedan estar relacionados con la muerte, debe ordenarse un análisis de su composición química.

- En casos de incendio, los expertos o peritos deberán determinar si el origen del incendio es intencional o accidental.

- Pruebas de residuos de pólvora en vestimenta y en manos. Esta prueba puede hacerse a la víctima o al sospechoso de haber disparado, para determinar si esa persona disparó o no un arma de fuego. Las muestras para esta prueba deben tomarse tan pronto sea posible, pues los residuos que pueden estar en las manos pueden desaparecer si éstas se lavan.

J. Examen del cadáver

Por lo general, el examen del cadáver es la última gestión que hacen los investigadores en la escena, luego de haberse perpetuado la misma con los métodos que se han indicado. El examen del cuerpo lo hace directamente el personal investigativo. El fiscal debe observar el examen pero no debe tocar el cadáver ni participar activamente en ese examen.

El fiscal debe documentar el examen del cadáver en su formulario o en su libreta de notas, de forma detallada y estar pendiente de cualquier evidencia que pueda estar alrededor o debajo del mismo. Antes de examinarse, el cadáver debe ser fotografiado tal y como se encuentra en la escena, con fotos generales y de acercamiento. Deben fotografiarse todas las heridas, golpes, laceraciones, hematomas o marcas que tenga el cadáver. En la documentación que haga el fiscal de ese examen, debe incluir solo aquellos datos objetivos y visibles y no aquellos asuntos que sean de naturaleza pericial, como por ejemplo, si las heridas de bala son de entrada o de salida.

Es preciso documentar además todas las pertenencias que tenga el cadáver, independientemente de que éstas constituyan evidencia o no.

Por ejemplo, el Fiscal debe detallar en sus notas si el cadáver tiene dinero, prendas, documentos o identificaciones. Esas notas, que formarán parte del expediente, ayudarán posteriormente al fiscal en su investigación y también sirven para refrescar la memoria y corroborar testimonios de testigos.

Si el fiscal se percata que el cadáver tiene algún tipo de tejido o manchas de sangre en las uñas deberá informarlo y requerir al patólogo que hará la autopsia, para que se hagan las pruebas periciales pertinentes.

Se debe preservar la ropa del cadáver para que también se puedan realizar en la misma los análisis periciales pertinentes. Con la ropa que tiene orificios de bala pueden realizarse análisis periciales de distancia de disparos. Es preciso ordenar que esa ropa se ocupe, se marque y se preserve de forma adecuada.

K. Actitudes y emociones del fiscal investigador durante la investigación de escena.

El fiscal que acude a una escena debe estar emocionalmente preparado para lo que va a encontrar en la misma. Se puede enfrentar con cuerpos mutilados, sangre y malos olores. También puede encontrar cadáveres de niños pequeños y situaciones que no son agradables y pueden despertar las emociones o sentimientos

de cualquier persona. El fiscal tiene que prepararse para no mostrar desagrado, pena o disgusto durante una investigación. La investigación de escena es parte del trabajo que tiene que hacer un fiscal y, desagradable o no, debe llevarse a cabo. En presencia de la policía, la prensa o los curiosos no se deben mostrar emociones o sentimientos para no perder el control de la escena.

De la misma forma, el fiscal investigador tiene que mantener una actitud cordial durante la investigación de la escena. Independientemente de que tenga motivos para estar molesto, y de cuál sea el motivo, esa molestia no debe ni mostrarse ni proyectarse durante la investigación.

L. Procesos posteriores en la investigación de escena.

Luego de terminada investigación de la escena se sigue el siguiente proceso:

(a) Si hay testigos, se deben entrevistar, junto al policía investigador en la misma escena si las circunstancias lo permiten.

Esa entrevista debe ser documentada con notas. Los testigos se entrevistan uno a uno y por separado. Si la situación no permite realizar la entrevista en la escena, los testigos deben ser conducidos a la Fiscalía inmediatamente para ser entrevistados y en su defecto en la primera oportunidad. Los testigos potenciales nunca se deben dejar "suelos" sin haberse entrevistado y sin estos haber firmado el contenido de su declaración. La experiencia demuestra que luego de haber transcurrido más de veinticuatro horas después de los hechos, muchos testigos potenciales rehúsan declarar y si declaran omiten hechos importantes.

(b) Si la prensa está presente y quiere hablar con el Fiscal, éste la puede atender y responder aquellas preguntas que puedan contestarse, siempre que no perjudiquen la investigación. Debe tenerse cuidado en cuanto a lo que se divulgue públicamente, pues cualquier información prematura que salga a la luz pública puede afectar la investigación.

(c) Cuando no hay un sospechoso se debe coordinar con el agente investigador la investigación del caso, procurando que todos los potenciales testigos sean citados a la mayor brevedad. Si no se tienen testigos de inmediato se le debe instruir al agente investigador que mantenga informada a la Fiscalía de cualquier progreso o información que surja sobre el caso y que se notifique el nombre de cualquier otro agente investigador que sea asignado para continuar con la investigación del caso.

(d) Si al momento de terminar de investigar la escena hay un sospechoso de haber cometido el crimen, la investigación debe continuar de corrido, en la oficina del fiscal. La entrevista a los

testigos debe hacerse inmediatamente, y la evaluación que debe hacer el fiscal sobre la suficiencia de la prueba que ha obtenido debe hacerse de inmediato.

M. Investigación de otros delitos donde no hay escena.

El fiscal debe estar atento a lo que se le consulte o se le plantee. Esto significa que debe tener toda su atención puesta en ese momento, sin estar pendiente a otros asuntos que le impidan concentrarse. Esto es así porque de la información que se le brinde y del análisis que de ésta se haga, ha de tomar decisiones que pueden afectar personas y pueden afectar el caso. Si no está atento y concentrado en su trabajo, puede cometer errores que podrían resultar muy perjudiciales.

- Debe tener consigo el Código Penal, el Código Procesal Penal y demás las leyes penales especiales de la Republica de El Salvador. En caso de tener dudas en cuanto a la decisión a tomar, debe consultar con su supervisor. Cuando se trate de un caso que pueda tener repercusión pública, el fiscal investigador debe siempre notificarlo a su supervisor de inmediato.

- Es preciso entrevistar a todos los testigos que estén disponibles en ese momento, por separado y con calma.

- Debe obtener toda la evidencia documental disponible en ese momento que sea pertinente al caso y examinarla con detenimiento.

- Si entiende que necesita entrevistar a otros testigos antes de tomar una decisión o que se le suministre otra prueba documental o pericial, debe solicitarla al agente investigador o al testigo que la tenga disponible. Es muy posible que encuentre resistencia de parte del agente, pero el Fiscal no debe permitir que esa resistencia lo haga desistir de su instrucción.

En resumen, el fiscal investigador, antes de oficializar un caso, debe concluir que tiene prueba suficiente para sostener la culpabilidad del acusado más allá de duda razonable en el juicio. Ese es el único criterio que debe seguir y no otros. El fiscal debe rechazar las presiones que pueden hacerle los testigos o el policía de que si no actúa rápidamente el acusado puede escapar. Tampoco debe someter un caso confiando en las promesas del policía de que posteriormente traerá a la Fiscalía la prueba que es necesaria para probar el caso en el juicio.

N. Normas generales sobre las entrevistas a testigos.

La entrevista a los testigos del caso constituye un aspecto crucial de la investigación criminal.

Las siguientes guías generales para las entrevistas de

testigos ayudarán a efectuar una mejor investigación:

(a) El fiscal investigador debe estar debidamente informado de los hechos que se están alegando y del conocimiento personal que tienen los testigos que han sido llevados ante su consideración. Esto significa que el fiscal debe reunirse con el agente investigador para preguntarle sobre todos los extremos del caso antes de comenzar a examinar los testigos. También el fiscal debe examinar, antes de entrevistar al testigo, todos los documentos que estén disponibles, tales como informes, actas de identificación, cheques, cartas, giros, depósitos, libretas, etc.

(b) Si el caso lo permite, la investigación debe planificarse de modo que no tenga que esperar demasiado la persona que va a ser entrevistada. Cuando un testigo permanece por períodos prolongados de tiempo sin ser entrevistado, muchas veces se molesta, pierde interés o asume una actitud hostil y poco cooperadora hacia el fiscal.

(c) Los testigos se entrevistan uno a uno y por separado. Se toman notas de cada una de las entrevistas para registrar su declaración y además, para comparar todos los testimonios.

(d) El entorno de la entrevista es importante. Debe haber privacidad en la entrevista. Deben estar en el lugar de la entrevista solamente el agente investigador, el testigo y el fiscal. Jamás debe entrevistarse a un testigo en un pasillo o en un lugar donde haya personas entrando y saliendo constantemente. Las investigaciones son confidenciales y si no se hacen en privado se corre el riesgo de que alguien escuche y lo transmita a terceros.

(e) Igual que en la investigación de escena, no puede haber prisa en las investigaciones que se llevan a cabo en la Fiscalía. A la entrevista debe dársele el tiempo necesario, sin demostrar impaciencia o molestia.

(f) Para que la entrevista sea efectiva, el fiscal debe conocer lo más posible sobre el testigo que tiene ante sí. Es importante conocer sus circunstancias personales, no sólo para identificarlo debidamente sino también para acreditarlo o humanizarlo cuando preste éste testimonio en el proceso. Además, es necesario auscultar los problemas o debilidades que puede tener el testigo para determinar mejor el valor probatorio de su testimonio o defenderlo de ser atacado en el proceso. Por lo tanto, dependiendo de los hechos del caso, puede ser pertinente preguntarle a un testigo si ha sido acusado o imputado de delito, si está o estuvo bajo tratamiento psiquiátrico o tratamiento para su adicción a drogas, etc.

(g) Durante la entrevista debe advertírsele al testigo que debe decir la verdad y todo lo que sabe, aunque entienda que no es importante o que afecte su posición de víctima.

(h) Debe advertírsele además, que indique quiénes son todas las personas que están envueltas en el caso, ya sea como testigos o como sospechosos. La experiencia demuestra que muchos testigos tienden a omitir hechos en su testimonio porque entienden que no son importantes y también porque no quieren involucrar a otras personas para que no sean llamadas como testigos. Cuando esto ocurre, casi siempre se descubre en el juicio la identidad de las personas que el testigo intentó ocultar o proteger y tales omisiones le sirven a la defensa para atacar la credibilidad del testigo.

(i) El fiscal debe ser respetuoso y cortés cuando examina al testigo, independientemente de quién sea la persona que está siendo interrogada.

(j) El fiscal debe demostrar firmeza y seguridad cuando interroga al testigo y debe ocultar cualquier sentimiento de coraje, asombro, pena o inclusive incredulidad.

(k) El fiscal debe observar el comportamiento o conducta no verbalizada del testigo ("*demeanor*") para poder determinar el valor probatorio que debe merecer su declaración. Un testigo que se ríe o llora sin razón alguna, impresiona muy mal, aun cuando pueda estar diciendo la verdad.

(l) Al entrevistarse a un testigo debe auscultarse si este puede tener algún prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad que pueda servir para impugnar su testimonio.

(m) En la entrevista, no debemos circunscribirnos a los hechos directamente relacionados con la posible acusación o denuncia. Debemos preguntar sobre lo ocurrido antes y después de los hechos para determinar si mediante su declaración se puede también demostrar el motivo del delito o si el mismo fue premeditado o planificado.

(n) Siempre se le debe preguntar al testigo si el sospechoso le ha hecho admisiones o si sabe si el sospechoso le ha confesado los hechos a alguien.

(o) Finalmente es importante preguntarle al testigo si ha hecho declaraciones anteriores sobre el caso a otras personas para determinar el valor probatorio de su testimonio, en el caso de que éste haya incurrido en contradicciones importantes sobre los hechos.

7. Guía para entrevistas de imputados y testigos en procesos penales

*Víctor A. Meléndez Lugo, J.D.**

Sumario

I. Introducción. II. Estructura de la entrevista. III. Los once mandamientos de una buena entrevista. Primero: prepárese antes de la entrevista. Segundo: busque un lugar apropiado para la entrevista. Tercero: obtenga la confianza del imputado o testigo. Cuarto: establezca la situación legal del acusado y los testigos por separado. Sexto: establezca relaciones. Séptimo: haga preguntas cortas. Octavo: pregunte, no afirme. Noveno: insista. Décimo: confronte. Undécimo: ubique el testimonio en tiempo y espacio. IV. Consideraciones finales.

I. Introducción.

El propósito del presente trabajo es ofrecer lineamientos que sirvan al defensor como marco o esquema organizativo básico en el proceso de entrevista a testigos. La pertinencia de un enfoque más estructurado de este proceso obedece al hecho que los abogados generalmente utilizamos como técnica de entrevista las destrezas conversacionales adquiridas desde la infancia mediante el proceso de socialización. Dichas destrezas no siempre son suficientes para realizar un interrogatorio eficiente. De ahí la necesidad de una comprensión cabal de este proceso y de concienciar al profesional del Derecho de que la entrevista a testigos debe realizarse teniendo en cuenta lineamientos racionales en función de objetivos específicos, adecuados al proceso penal que enfrenta el defensor.

En todo proceso penal la parte acusadora representada por el fiscal, interesa persuadir al Tribunal de dos cosas: (1) la existencia de unos hechos constitutivos de delito y (2) que la persona acusada fue quien llevó a cabo los mismos. Para lograr ese propósito es que se presentan los testigos de cargo. Por su parte, la defensa

* Doctor en Jurisprudencia por la Universidad de Puerto Rico. Abogado. Este trabajo forma parte de los productos de la consultoría de capacitación en el puesto de trabajo, sobre "Técnicas de entrevista a testigos e imputados", dirigida a defensores públicos, gracias al Proyecto de Justicia de la Agencia Internacional de los Estados Unidos para el Desarrollo (USAID/NCSC/DPK), en septiembre de 2004.

interesará una de dos cosas: (1) exculpar directamente al acusado: presentar evidencia de que el delito no ocurrió o de que es imposible que el acusado haya cometido el mismo, en caso de que dicha evidencia no exista o de que no pueda ser hallada; (2) atacar la credibilidad o confiabilidad de la prueba de cargo a fin de que la misma no resulte convincente al Tribunal.

Es en este proceso donde tienen papel protagónico los testigos. Un testigo es, por definición, una persona que tiene capacidad para *percibir* mediante sus sentidos un hecho y luego posee también la capacidad de *relatar* el referido hecho de una manera *veraz y confiable*. El énfasis que se hace en estos conceptos de percepción y capacidad de relato veraz y confiable no es casual; son éstas características las que hacen del testimonio uno *creíble*.

Es precisamente a la negación de dichas características que va dirigido todo intento de impugnación de testimonio. Esto es, para impugnar un testigo se cuestiona su capacidad o posibilidad de percibir el hecho que relata, o si tiene la capacidad de relatar fielmente lo que percibió, o si el carácter del testigo, o sus motivaciones, son tales que no deba creérsele. A contrario sensu, para “reforzar”, por así decirlo, la *credibilidad* de un testimonio, es menester destacar su fortaleza en las áreas ya descritas.

El proceso fundamental mediante el que se exponen las debilidades del testimonio de la parte contraria es el conainterrogatorio. El proceso mediante el cual se descubren tanto las debilidades del testimonio adverso como las fortalezas (o debilidades) del testimonio favorable a nuestra causa es la *entrevista*. Está bien claro entonces el fundamental principio: *Los casos se ganan o se pierden en la investigación*.

II. Estructura de la entrevista.

Una entrevista, por definición, es un intercambio de información entre dos personas. Sin embargo, a diferencia de un diálogo, en que se intercambian no sólo datos, sino conceptos y opiniones, en una entrevista el propósito fundamental es la obtención de toda la información posible del entrevistado por parte del entrevistador. Por lo tanto, el flujo de información ha de ser casi unidireccional.

Existen algunas diferencias estructurales entre la entrevista a un imputado y la que se le practica a un testigo. Típicamente, la entrevista a un acusado podría representarse gráficamente en forma de una pirámide, cuya base son los hechos generales del caso y la punta representando los detalles específicos. Es decir, se

comienza la entrevista, si es posible, con una narrativa general de lo acontecido por parte del acusado (la pregunta clásica sigue siendo: ¿qué pasó?).

Una vez establecidos los hechos básicos del caso se procede entonces a obtener detalles cada vez más específicos, mediante el uso de preguntas cada vez más cortas, para entonces obtener detalles cada vez más específicos. El propósito fundamental de este procedimiento es establecer con la mayor particularidad posible todos los puntos de concordancia y todos los puntos de divergencia entre el relato del imputado y el que hacen los testigos de cargo.

Una vez establecidos los puntos de divergencia, procede entonces localizar evidencia independiente que corrobore la versión del imputado sobre esos particulares. Dicha evidencia puede consistir en el testimonio de personas con conocimiento de esos hechos, las cuales pueden inclusive haber sido llamadas como testigos de cargo. Otra fuente de gran importancia lo son las pericias, sobre todo de carácter científico. Estas últimas pueden haber sido o no realizadas con motivo del caso. Por ejemplo, del Servicio Meteorológico puede obtenerse con facilidad información sobre las fases de la luna o las horas exactas de la salida y puesta del sol, información científica sumamente pertinente para impugnar la versión de un testigo de que a determinada hora “estaba clarito”. Asimismo un texto de física puede ayudarnos a calcular cuántos metros recorrió en, digamos, 10 segundos el carro del testigo que decía que discurría a 10 kilómetros por hora.

Claro está, lo expuesto parte del supuesto de un imputado que conoce y relata los hechos que generan la acusación.

En el caso de un imputado que no conoce nada de los hechos que se le imputan, es preciso entonces iniciar la investigación por medios independientes. Por otro lado, en el caso bastante común de un imputado que se niega a cooperar con su defensor, ya sea negándose a hablar, ya sea afirmando falsamente desconocer los hechos que se le imputan, el único recurso previo a la investigación de los hechos del caso por vía de fuentes independientes es hacer el máximo esfuerzo por persuadirle de que es en su mejor interés cooperar con su defensa.

En lo que se refiere a los testigos de defensa que puedan entrevistarse tenemos que la pirámide de información a la que nos referimos previamente típicamente está invertida. Esto es, generalmente vamos preguntando desde lo específico hacia lo general. Ello así, debido a que generalmente el testigo sólo conoce una fracción del hecho o suceso. Por lo tanto el procedimiento más

natural debe ser comenzando por preguntar por el aspecto específico de los hechos que él conoce, relevantes al caso y de ahí ir ampliando la pesquisa hacia aspectos más generales de la realidad vivida por el testigo que, aunque no son necesariamente relevantes directamente, tienen utilidad al explicar y reforzar su testimonio. Ejemplo de tales son: ¿qué hacía en el lugar?, ¿cómo llegó allí?, ¿qué relación si alguna, tiene con el acusado o los testigos de cargo? o la existencia de alguna destreza u oficio que haga de sus percepciones unas más confiables, etc.

En otras palabras, dichas generalidades en el testimonio proveen una base sobre la que se cimienta la confiabilidad del mismo y las mismas se establecen desde el momento mismo de la entrevista.

Finalmente, a modo de resumen podemos afirmar que como regla general, aquellos testigos (incluyendo, por supuesto, al imputado) que tengan conocimiento de la totalidad de un incidente o suceso deben ser interrogados desde lo general hacia lo específico: comenzando por una visión panorámica que se va luego enfocando gradualmente en detalles particulares y específicos.

Por otra parte, el orden a seguir con testigos con conocimiento parcial de los hechos es de lo específico (lo relevante a los hechos del caso) hacia lo general, en busca de detalles que corroboren y afirmen su testimonio.

Todo lo aquí expresado, naturalmente, está sujeto al gran condicionante de que el Derecho es una ciencia social. Estando el proceso de la entrevista muy matizado por las destrezas culturales y la personalidad, tanto del entrevistado como del entrevistador, se impone en todo caso un sentido de flexibilidad táctica a favor del propósito fundamental de toda entrevista que no es otro que la obtención de toda la información posible.

III. Los once mandamientos de una buena entrevista.

Primero: prepárese antes de la entrevista.

Obtenga toda la información posible sobre los hechos del caso *antes* de entrevistar al acusado o a los testigos. Fuentes posibles de información son los partes de la policía, informes de prensa, radio o televisión y la entrevista de personas que aporten información de referencia: (“Yo no vi nada, pero en la comunidad se dice que lo que ocurrió en verdad fue que...”)

Estas informaciones proveen al defensor: (a) un marco de

referencia básico sobre los hechos que se alegan en la acusación y de quiénes son los testigos, a fin de preguntar al imputado sobre ello; y (b) una fuente de referencia para comenzar la búsqueda de detalles específicos, es decir, de “sub-hechos” de los que dependen los hechos alegados. Si el fin último es controvertir los hechos de la acusación, uno de los mecanismos para hacerlo es controvertir sus bases, o sea, hechos más específicos que guardan una relación íntima con éstas. Por ejemplo, si un testigo alega que el automóvil que atropelló al peatón y se dio a la fuga era rojo, y otro testigo sostiene que era blanco, hasta el momento se establece que había un automóvil envuelto, pero la discrepancia en el “sub-hecho” (o hecho subyacente) del color, hace que sea cuestionable la percepción y/o la veracidad de uno de los dos testigos (o de ambos). El defensor debe esforzarse para que ése no sea su testigo.

Ni que decir hay que este proceso de preparación e investigación es uno vivo y continuo.

Segundo: busque un lugar apropiado para la entrevista.

Un lugar apropiado para la entrevista es aquél que sea conductivo a concentrar la atención tanto del entrevistador como del entrevistado en el proceso del flujo de información. Esto puede ser en un espacio cerrado como una oficina, o un espacio más abierto (un banco en el parque, el patio o balcón de una casa). Siempre lo importante será la ausencia de interrupciones que distraigan a las partes del proceso de fluir la información. También es de suma importancia que el lugar de la entrevista sea uno que preste garantías de confidencialidad, a fin de proteger los derechos tanto del imputado como de los testigos.

A tenor con lo antes expuesto, una oficina donde el teléfono suena constantemente o existe continuo entrar y salir de personas no es un lugar adecuado para una entrevista. Tampoco lo es el portón de una bartolina donde además del imputado hay diez detenidos más comentando y pretendiendo dar opiniones, mas la presencia de los agentes de policía.

En relación a esta última situación es imperativo que se solicite de la policía que se saque al detenido de la celda y se proporcione un espacio mínimo para conducir la entrevista. También se debe pedir a la policía, con la amabilidad y / o firmeza necesarias para lograr el propósito, que se mantenga a una distancia que garantice la confidencialidad de lo que allí se hable.

En circunstancias extremas sería incluso aconsejable desistir de la entrevista y previa explicación al cliente, realizarla en un

momento posterior en mejores condiciones.

Tercero: obtenga la confianza del imputado o testigo.

No hay que argumentar mucho la posición de que una relación de confianza facilita el flujo de información. La experiencia ha demostrado que los imputados generalmente se hallan en un estado de temor e incertidumbre lo cual limita su capacidad de cooperar en la entrevista. Sin embargo, una persona en esas condiciones reacciona positivamente y desarrolla confianza en el defensor si se percata que este extraño, que al punto se le presenta como su abogado: (a) se ha ocupado de investigar o indagar algo respecto a los hechos de la acusación antes de la entrevista, y (b) hace esfuerzos por proteger la confidencialidad de la entrevista.

En cuanto se refiere a los demás testigos, es importante hacerles conscientes de la importancia de su testimonio desde el punto de vista moral, del imperativo de la solidaridad humana. Con ello se intenta inmunizarlos contra la intimidación y así evitar deserciones en momentos críticos del caso.

Cuarto: establezca la situación legal del acusado y los testigos.

Con esto nos referimos a que se pregunte al imputado sobre posibles circunstancias personales que podrían considerarse como agravantes o atenuantes. Ejemplo de éstas son: que esté sujeto a medidas, que sea reincidente; que haya recibido tratamiento psiquiátrico o padezca de alguna condición que le haga parcial o totalmente inimputable; la existencia de alguna situación de obediencia jerárquica, etc. Esté preparado para ilustrar a su cliente sobre los efectos de estas situaciones en la acusación.

Pregunte a sus testigos sobre esos mismos asuntos respecto a ellos mismos. Generalmente circunstancias personales que constituyen agravantes e incluso atenuantes en un imputado son base para la impugnación de un testigo. Evite sorpresas desagradables.

Pregunta también sobre esas posibles áreas de impugnación respecto a los testigos de cargo. Por ejemplo, una convicción previa de un testigo por ciertos delitos como perjurio o estafa tiene un efecto devastador sobre su credibilidad.

Quinto: entreviste a los testigos por separado.

En lo posible, evite entrevistar los testigos en conjunto (esto incluye al acusado). De esta manera evitará que se “contaminen”

unos a otros con sus versiones. Esto genera a su vez contradicciones entre ellos que afectarán su credibilidad.

De otro lado esta práctica tiene el beneficio de proporcionar al testigo un anticipo de la estructura que le espera en el Tribunal, donde se encontrará solo, respondiendo preguntas sin que nadie lo “ayude” ofreciendo muletillas o refrescando su memoria. Esto, y preguntando al testigo detalles que usted sabe que el fiscal probablemente le pregunte, aumentarán significativamente las posibilidades del testigo de salir airoso frente al contrainterrogatorio.

Sexto: establezca relaciones.

Pregunte al acusado y a cada uno de los testigos qué relación familiar, de amistad, de enemistad, comercial, profesional, etc. existe entre el entrevistado y cada uno de los testigos. Esto incluye a los testigos propios y a los contrarios. También incluye a los testigos técnicos o periciales (no será la primera vez que un técnico de escena, o un patólogo o un químico, sea primo, o hermano o amigo del querellante.) La utilidad de un dato como este en el contrainterrogatorio no puede nunca subestimarse. Por otra parte la existencia de vínculos familiares o afectivos entre el querellante y un testigo de defensa fortalece mucho la credibilidad de dicho testigo.

De la mejor manera en que puede establecerse la existencia de dichas relaciones sociales es preguntando sobre ellas. Evite sorpresas.

Séptimo: haga preguntas cortas.

Tome los hechos esenciales o generales del caso, subdivídalos hasta la última consecuencia, si es posible y pregunte específicamente sobre cada uno de ellos. A manera de ejemplo, tenemos un testigo de defensa que dice haber visto a quienes cometieron el delito abordar un carro. Eso generaría una línea de preguntas en la entrevista con relación al vehículo, cuales serían:

--¿Era el carro grande o pequeño?

--¿Qué marca?

--¿Qué modelo?

--¿Qué año?

--¿Qué color?

--¿Número de placa? (O alguna letra o dígito, si no la puede recordar completa)

--¿Abolladuras? (Si afirmativo, dónde)

--¿Algún pegadizo, rótulo o distintivo? (En afirmativo, ¿Cuál?)

--¿Estaba sucio, o limpio?)

--¿Lo ha visto antes?

--¿Lo ha vuelto a ver?

Y así sucesivamente, hasta agotar toda posibilidad lógica.

Este sistema le plantea al defensor la posibilidad de obtener múltiples detalles específicos que le permiten, de una parte, atacar la prueba de cargo y por otra, entrelazar su propia prueba de defensa.

Octavo: pregunte, no afirme.

Distinto al conainterrogatorio, cuya finalidad es confrontar al testigo con proposiciones específicas formuladas por el abogado, la entrevista al testigo tiene como propósito la obtención de la mejor y mayor información posible. Por otro lado, el confrontar al testigo con una afirmación a veces trae como resultado que el testigo se exprese en forma afirmativa por “complacer” al abogado. Ello contamina su testimonio y compromete el esfuerzo investigativo. Por ende, la pregunta debe ser breve, pero una pregunta al fin. A manera de ejemplo, no es lo mismo “preguntar” si el carro que vio el testigo era o no uno blanco, que preguntarle de qué color era el carro.

Pregúntele y déjele contestar. Muchas veces los testigos saben más de lo que ellos mismos creen.

Noveno: insista.

En muchas ocasiones el testigo a quien se entrevista no sabe o no recuerda un hecho en particular. Sin embargo muchas veces contesta en la negativa total porque cree que no puede aportar nada.

En este contexto es que viene en ayuda del defensor su paciencia y las preguntas cortas. Sea amable, pero persistente y organizado. No se rinda. Pregunte sobre cada uno de los detalles que conformaron el último dato conocido y expresado por el testigo.

Por ejemplo: el testigo afirma que vio pasar corriendo a un muchacho pero no recuerda nada más. Comenzaremos por decir que “un muchacho” es una conclusión del testigo que tiene base en su percepción. “Un muchacho” es: (1) un ser humano (2) del sexo masculino, (3) que ha pasado la pubertad. La categoría es ya de por sí excluyente de ancianos, niños, hombres adultos y mujeres de cualquier edad. Por lo tanto, *algo* vio el testigo. Y si vio algo, tal vez de su percepción pueda recordar:

¿Alto o bajito?

¿Color de piel?

¿Color de pelo?

¿Gorra o sombrero?

¿Calzado o descalzo?

¿Tipo de calzado?

¿Color del calzado?

Y así sucesivamente, hasta agotar toda posibilidad de percepción relacionada a todas las prendas de ropa y cualesquiera características observables del físico como por ejemplo si cojeaba, si corría, si despedía algún olor, si estaba seco o mojado, si estaba limpio o manchado. Con un poco de suerte, el defensor obtendrá, si no una identificación positiva, una variedad de datos específicos con los que confrontar la prueba de cargo y/o enlazar con los restantes testigos de defensa.

Décimo: confronte.

Según avanza su investigación, confronte a todos y cada uno de sus testigos de defensa con aquellos detalles que el defensor estime que saben o debían saber, de acuerdo a sus versiones. Este proceso tiene un propósito dual: por un lado, enlazar una declaración con otra, robusteciendo tanto la fuerza individual de cada testimonio como la teoría de defensa en su conjunto. Por otro lado, prepara mentalmente a los testigos para los rigores del contrainterrogatorio.

Undécimo: ubique el testimonio en tiempo y espacio.

Durante las entrevistas mantenga a los testigos ubicados en tiempo y lugar en todo momento. Para ello, utilice preguntas que

dirijan al testigo en ese sentido. Mediante ese proceso se ayuda al testigo a alcanzar un grado de organización de sus conocimientos y se refuerza la estructura lógica de su testimonio.

Específicamente, esto significa que a lo largo de la entrevista se hagan preguntas al testigo que lo estimulen a organizar los eventos que narra en orden cronológico. Esto es necesario porque la mayor parte de las personas recuerdan detalles mientras van narrando los eventos y estos recuerdos no siguen necesariamente un orden cronológico. Preguntas como: ¿Cuándo pasó esto? o ¿Esto que me dice ahora, pasó antes o después que lo que me acaba de explicar? ¿Cuánto tiempo antes o después del suceso es que ocurre lo que me cuenta ahora? Son ejemplos del tipo de dirección al que nos referimos.

IV. CONSIDERACIONES FINALES.

Los principios y técnicas expuestos en este manual no tendrán valor alguno en ausencia de un compromiso vocacional del defensor (a) de utilizar al máximo su capacidad perceptiva, su imaginación y su acervo jurídico para desempeñar con altura su profesión de defensor. El valor de la evidencia testimonial obtenida mediante la entrevista merma mucho si la gestión de defensa no está anclada en una estructura, una teoría de defensa que a su vez sea sostenida por las pruebas aportadas por la defensa y, si posible del todo, por toda o parte de la prueba de cargo.

El desarrollo y solidez de dicha teoría depende en gran medida de la inversión moral e intelectual que el defensor haga en la preparación del caso de su cliente. Esto a su vez está basado en la renovación continua de un compromiso patriótico con la apertura de los espacios legales, la observancia de los derechos humanos y el valor fundamental de la Igualdad de todos, aún los más pobres, ante la majestad del Derecho.

Ante los ingentes retos y graves dificultades que todos confrontamos, viene a la mente el pensamiento puro del ilustre patriota puertorriqueño Don Pedro Albizu Campos, quien expresara con diáfana claridad y universal vigencia: “LA PATRIA ES VALOR Y SACRIFICIO”.

8. La responsabilidad del Estado y de sus agentes por conductas omisivas que violan el derecho fundamental al medio ambiente sano

*Lic. Juan José Castro Galdámez**

Sumario

A. Reconocimiento del derecho al medio ambiente sano como derecho fundamental. B. Definición y reconocimiento internacional. C. Titularidad del derecho al medio ambiente sano. D. Objeto. E. Contenido prestacional. F. Fundamento. G. Límites. H. Política ambiental. I. Síntesis.

A. Reconocimiento del derecho al medio ambiente sano como derecho fundamental.

La Constitución de la República, como cuerpo de normas jurídicas fundamental y suprema, contempla un catálogo de derechos que, por su estrecha conexión con la dignidad humana¹, han sido denominados como derechos fundamentales², reconocidos en forma

* Abogado Salvadoreño. Participante en el Programa de Formación Inicial para Jueces (PFI, 2004-2005) del Consejo Nacional de la Judicatura.

1. "Para que la libertad y la igualdad de las personas puedan funcionar en un marco democrático es necesario garantizar, de modo coexistente y no enfrentado (lo que supone admitir la existencia de tensiones), tanto un ámbito individual exento de control por el poder público, como la posibilidad de la efectiva participación social de las personas. Tratándose de instrumentos de técnica jurídica que operan como atributos de las personas, sus contenidos concretos constituyen derechos y, en cuanto se entienden en conexión inmediata con la dignidad humana se adjetivan como fundamentales". "Teoría de la Constitución Salvadoreña": Salvador Enrique Anaya Barraza, Et. Al. 1a. edición, Proyecto para el Fortalecimiento de la Justicia y de la Cultura Constitucional en la República de El Salvador, Unión Europea-Corte Suprema de Justicia. El Salvador, 2000. Pág. 29. En igual sentido, se expresa Eusebio Fernández, Catedrático Español de Derecho Natural y Filosofía del Derecho, citado por Mario Solano, cuando dice que: "Son derechos fundamentales unos y ciertos derechos morales que el hombre posee por su propia naturaleza y dignidad y que la sociedad, el poder político y el derecho deben proteger, sin ninguna clase de discriminaciones": "tales derechos morales son fundamentales, en el sentido que se encuentran muy vinculados a la idea de dignidad humana (es decir a su esencia, a su ser, a su naturaleza) y al desarrollo y perfeccionamiento de ésta". "Estado y Constitución": Mario Solano. Talleres Gráficos, Sección de Publicaciones. Corte Suprema de Justicia, El Salvador. 1998. Página 172.

2. "Los derechos fundamentales son primariamente derechos, de carácter subjetivo cuyo titular es la persona en su más inmediata y plena realidad, son derechos en que se plasman las grandes libertades públicas pero también son constitutivos del orden institucional, siendo el Estado el sujeto de deberes y el principal de éstos es el de abstenerse de perjudicar a los ciudadanos. El calificativo fundamental expresa tanto la esencial dimensión de lo humano y su prioridad axiológica, como su función cimentadora y fundamentadora del orden político". "Estado y Constitución": Mario Solano. Talleres Gráficos, Sección de Publicaciones. Corte Suprema de

expresa de su texto o implícitos vía jurisprudencial, en virtud de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales³.

Estos derechos “no son sólo categorías filosóficas, sino que son verdaderos derechos subjetivos que corresponden a la condición humana de persona y a la condición político social de ciudadano y sin cuyo rendimiento al más lato nivel normativo, no podría hablarse con propiedad de la existencia de un verdadero Estado de Derecho”⁴. “Tienen su explicación en las necesidades humanas, o sea que no se trata de crear una lista interminable de estos derechos, que vuelvan superfluo e insostenible el sistema de valores que se quiere proteger. Son una mediación entre la aspiración ética del desarrollo del hombre como fin de la sociedad y la realización de esa aspiración por medio del derecho”⁵.

Así planteados, son derechos fundamentales expresamente reconocidos, a manera de ejemplo, el derecho a la vida, a la propiedad y posesión, a la seguridad y al trabajo, a la libertad, a la integridad física y moral (Art.2 Cn), la libertad de expresión (Art. 6 Cn), la libertad de asociación (Art. 7 Cn), el derecho de defensa técnica (Art. 12 Cn), el derecho a formar asociaciones profesionales (Art. 47 Cn), entre otros; reconocidos en forma implícita son los derechos al patrimonio y al domicilio (Art. 1 Cn), contenidos en la personalidad jurídica del ser humano, el derecho de reunión (Art. 7 Cn) derivado de la libertad de asociación, el derecho de coalición (Art. 47 Cn) -antecedente del derecho de formar asociaciones profesionales-, el derecho a la protección jurisdiccional (Art. 2 Cn), derivado de la obligación del Estado de proteger a la persona “en la defensa y conservación de los (derechos) mismos”, y entre otros, el derecho a un medio ambiente sano, surgido implícitamente del

Justicia, El Salvador. 1998. Página 170. En la jurisprudencia, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha dicho, sobre el carácter básico de los derechos fundamentales: “...Los derechos humanos fundamentales constituyen -junto a otras valoraciones- expresión jurídica de la decisión político ideológica contenida en la normativa constitucional; y, por ello, tanto las disposiciones constitucionales como las infraconstitucionales -legales, reglamentarias, etc.- han de interpretarse en función de los derechos fundamentales, posibilitando la maximización de su contenido. Este carácter básico de los derechos fundamentales en la normativa constitucional aparece expresamente consignado tanto en el Preámbulo de la Constitución como en el artículo 1 de la misma” (Sentencia de 14-XII-95, Inc. 17-95). Pérez Luño, sostiene: “Los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos en un Estado de Derecho, de que el sistema político y jurídico se orientará al cumplimiento y respeto a las libertades fundamentales (Estado liberal de derecho), es decir a la promoción de la persona humana en su esfera individual y conjugando ésta con la exigencia de solidaridad, corolario de la competencia social y colectiva de la vida humana (Estado Social de Derecho)”. “¿Qué es una Constitución? Mario Solano. 1ª. Edición. Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador, 2000. Página 92.

3. La jurisprudencia ha establecido: “Con el concepto derechos fundamentales se hace referencia a las facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana como consecuencias de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad, su libertad e igualdad inherentes, que han sido positivadas en el texto constitucional y que en virtud de dicha positivación, desarrollan una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando asimismo de la supremacía y protección reforzada de las que goza la Constitución”. Sentencia de 23-III-2001. Inc. 8-97.

4. “Estado y Constitución”. Mario Solano. Obra Citada. Página 173.

5. *Ibidem*. Página. 172

deber del Estado de conservar los recursos naturales (Art. 117 Cn).

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que el derecho al medio ambiente sano es un derecho fundamental implícito: “Uno de los obstáculos mayores a la comprensión aguda y solución verdadera de los problemas jurídicos surge con frecuencia de la falta de claridad en la utilización de los términos derecho subjetivo, privilegio, potestad e inmunidad junto con los de deber, no-derecho, sujeción e incompetencia. Para esclarecer ese panorama, un sector de la doctrina ha propuesto un esquema de “opuestos” y “correlativos”. Sin embargo, para efectos de la presente sentencia, interesa destacar que en dicho esquema el derecho subjetivo tiene como correlativo el deber”, ya que ambos términos expresan el mismo estado de cosas, visto desde ángulos diferentes: La posibilidad de un sujeto de reclamar frente a otro una determinada actuación a su favor. A diferencia de otras disposiciones en las cuales el constituyente hace referencia expresa a derechos de las personas –vgr. Arts.2, 7, 18, 22, 53 Cn.- el Art. 117 Cn. pone de manifiesto un deber del Estado. En consecuencia, al existir un deber del Estado de proteger los recursos naturales así como la diversidad e integridad del medio ambiente, es posible entender que dicho artículo implícitamente contiene el correlativo derecho de las personas a la protección de los mismos. De ahí que se deduzca un derecho cuyas denominaciones varían desde un derecho al medio ambiente sano, pasando por un derecho a la protección del medio ambiente hasta un derecho a disfrutar del medio ambiente (...) Ahora bien, es necesario aclarar que no toda obligación o deber constitucional deriva ineludiblemente en un derecho fundamental. En el caso que nos ocupa, también hay que tomar en cuenta el concepto de derechos fundamentales enunciado en párrafos anteriores según el cual tales derechos son consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de la dignidad, libertad y la igualdad inherentes a la persona humana. Así, tanto la doctrina como el derecho comparado enlazan el derecho al medio ambiente con la dignidad de la persona en el sentido que el ser humano tiene derecho a habitar y disfrutar su entorno vital en un régimen de armonía entre lo útil y lo grato y de acuerdo con sus características naturales y culturales. Además (...) es claro que la finalidad de las medidas protectoras del medio ambiente persigue el libre desarrollo de la personalidad de los individuos así como el mejoramiento en la calidad de vida. Igualmente, la jurisprudencia extranjera también se refiere a la solidaridad -entiéndase valor constitucional- como fundamento de las políticas ambientales” (Sentencia de 26-VII-2003, Amparo 242-2001, Considerando IV 1)⁶.

6. “Constitución y Jurisprudencia Constitucional”: Rodolfo Ernesto González Bonilla. 1ª. Edición. Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador.2003. Páginas 198-199.

En la legislación secundaria, la Ley del Medio Ambiente, vigente desde 1998, contempla el referido derecho dándole la dimensión de Principio de la Política Nacional del Medio Ambiente, en el Art. 2, que preceptúa en su literal “a”, que todos los habitantes del país son titulares y gozan del derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. De igual manera determina la obligación del Estado de tutelar, promover y defender este derecho de forma activa y sistemática, como requisito para asegurar la armonía entre los seres humanos y la naturaleza.

B. Definición y reconocimiento internacional.

El derecho al medio ambiente sano es el derecho de tercera generación, de carácter personal y prestacional, que consiste en la conservación, preservación, restauración y mantenimiento de los recursos naturales, como condicionantes que aseguran la salud y la existencia de una vida humana digna.

De esta definición se establecen que el derecho al medio ambiente sano es contentivo de tres dimensiones distintas: a) derecho a la vida; b) derecho a la salud y c) derecho al medio ambiente sano en estricto sentido⁷. Comprende el derecho a la vida, por cuanto ésta sólo es posible en la medida que el desarrollo sustentable se obtiene a través del aprovechamiento racional de los recursos naturales, que posibilitan la existencia digna del ser humano; b) El derecho a la salud, porque se integra en el entorno de los recursos naturales, ya que éstos posibilitan en la persona un estado físico y psíquico libre de enfermedad; c) Asimismo, el derecho al medio ambiente en sentido estricto por su contenido personalísimo que conlleva al disfrute de los bienes ambientales y en su contenido prestacional por el correlativo deber que se genera en el Estado y sus instituciones.

En tal sentido, en su dimensión derecho a la vida ha sido regulado genéricamente en las principales declaraciones internacionales de derechos humanos, específicamente en los Arts.

7. Esta dimensión triple del derecho a un medio ambiente sano no implica que éste subsuma a los derechos a la vida y a la salud, al contrario, éstos son derechos fundamentales individuales y personalísimos que se ubican dentro de la primera generación de derechos humanos, mientras que aquél aparece ya como derecho de tercera generación; por tanto el derecho a la vida y el derecho a la salud son, por sí solos derechos fundamentales; pero a su vez son dimensiones del derecho a un medio ambiente sano en cuanto éste es posible preservando a éstos. Nótese que la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha obviado estas dos dimensiones del derecho al medio ambiente sano y ha hecho referencia al mismo como implícito en el Art. 117 Cn, en su sentido estricto, limitándose a su contenido de derecho personalísimo y prestacional; no obstante, debe considerarse que, al igual que los demás derechos implícitos, son conceptos cuyo contenido está en construcción jurídica en virtud de los criterios de interpretación constitucional, por lo que sería un error entender que la Sala ha agotado su contenido en la Sentencia de 26-VI-2003, emitida en el Amparo 242-2001. En un sentido análogo, en “El derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado”. Jesús Rafael Vallenás Gaona, sostiene: Para viabilizar el derecho a la vida las personas requieren de un ambiente adecuado y las condiciones de subsistencia, por ello consideramos que la dimensión biológica no puede separarse del ambiente donde se desarrolla (aunque este ambiente esté condicionado por actividades humanas también).

3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, 6.1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 4.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, 2.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, 2 de la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, aprobada por el Parlamento Europeo, en virtud de Resolución de 16 de mayo de 1989, entre otros.

En su dimensión comprensiva del derecho a la salud se reconoce genéricamente en los Arts. 25.1. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 11 de la Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre, 11 de la Carta Social Europea, 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 15 apartado 1 de la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, 19 párrafo 1º de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 9 de Diciembre de 1989, y en la Declaración sobre el Medio ambiente del Congreso Mundial de las Naciones Unidas, celebrado en Estocolmo en junio de 1972, en donde no se contempla el derecho a un medio ambiente sano como un propio e independiente, sino que muy por el contrario se entiende genéricamente englobado en los derechos a la libertad, la igualdad y el derecho a la salud.

De una forma específica y explícita está reconocido el derecho al medio ambiente sano en los Arts. 12, 2 b) del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 24 de la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, de 1981; Asimismo se reconoce en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, en 1972, en cuanto establece dentro del principio 1 y en lo pertinente, que el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras. Por su parte, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992, lo reconoce también en el Principio 1, pues dispone que los seres humanos además de constituir el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible, tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza. También se reconoce en la Declaración de Principios o Declaración de Río sobre el Medio ambiente y el Desarrollo en el Principio N° 1; en la Declaración de Principios para un acuerdo mundial sobre gestión, conservación y desarrollo sostenible de todos los tipos de bosques, en su principio N° 2 letra b), también en la Carta de París, suscrita por los treinta y cuatro países miembros de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación Europea, celebrada el 21 de noviembre de 1990.

C. Titularidad del derecho al medio ambiente sano.

Por tratarse de un derecho implícito, el Art.117 Cn. no hace referencia expresa a las personas titulares del derecho a un medio ambiente sano. En consecuencia, al no haberse determinado en cuanto a los sujetos activos, debe comprenderse como tales a todas las personas, sean éstas físicas o jurídicas/individuales, nacionales o extranjeras.

La titularidad debe distinguirse en función de la naturaleza mixta del derecho. En cuanto a la vertiente personalísima, aún cuando el disfrute del medio conlleva, además del goce meramente individual, una dimensión colectiva derivada de su ejercicio individual, no es posible reconocer la titularidad de este derecho a las personas jurídicas colectivas. Su intrínseca naturaleza lo hace indisponible, salvo para las personas física pues éstas son las únicas que pueden protagonizar un goce espiritual y material de los bienes ambientales.

En cuanto a la manifestación del derecho prestacional, sí podría admitirse titularidad respecto de ciertas personas jurídicas. Tal es el caso de las entidades ecologistas cuya actividad se encauza precisamente hacia la protección y preservación del entorno. En tales supuestos, no debe entenderse que dichas entidades pretenden una concreta defensa de derechos de determinados sujetos; es decir que el grupo ecologista no se está subrogando ninguna acción individual ni defendiendo un derecho colectivo que como asociación pueda disfrutar. Lo que se pretende, en último término, con tales acciones es que los poderes públicos mejoren la protección dispensada a los bienes ambientales.

Finalmente, en relación con los extranjeros, resulta claro que el ejercicio de este derecho, por parte de los mismos, está razonablemente supeditado a las limitaciones de entrada y permanencia en el territorio nacional.⁸

A nivel doctrinario se ha sostenido que los sujetos titulares o sujetos activos del son: 1) la Humanidad globalmente considerada, por dos razones: a) lo que está en peligro es la supervivencia de todo el planeta, lo cual obliga a pensar globalmente y a actuar localmente, y b) porque siendo la tierra un ecosistema de ecosistemas, parece evidente que su deterioro en una parte del planeta afecta necesariamente a las demás; 2) los Estados, las comunidades locales y las poblaciones indígenas, por precisararlo de tal manera el párrafo decimotercero del Preámbulo del Convenio de las Naciones

8. Sentencia de 26-VI-2003, Amparo 242-2001, Considerando IV 2, citado en: "Constitución y Jurisprudencia Constitucional": Rodolfo Ernesto González Bonilla. 1ª. Edición. Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador.2003. Páginas 199-200.

Unidas sobre la biodiversidad biológica, firmado en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992; 3) los grupos sociales y profesionales; 4) las futuras generaciones, en razón de su previsión por el Principio 3 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en donde se afirma la conveniencia de solucionar de forma equitativa las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras; y 5) en todo caso, la persona humana en cuanto integrada en los apartados anteriores y en sí misma considerada, como nacional o extranjera⁹.

Los sujetos pasivos o sujetos obligados a respetar y promover la protección de este derecho, son los siguientes: 1) los Estados en cooperación con otros Estados, conforme al Artículo 5 del Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica; 2) los Estados dentro de su ámbito de soberanía, destacando dentro de ellos, los poderes públicos de la Administración Central, los poderes públicos de las administraciones territoriales y locales; y 3) los particulares, nacionales o extranjeros, personas naturales o individuales y jurídicas o colectivas, especialmente los grupos económicos e industrias contaminantes.

D. Objeto

El objeto sobre el que recae el derecho es el medio ambiente mismo, entendido conforme al Párrafo 6º del Preámbulo de la Declaración de Río sobre el medio Ambiente y el Desarrollo: “la naturaleza integral e interdependiente de la Tierra, nuestro hogar”¹⁰.

De ello se infiere que el objeto de este derecho fundamental tiene dos dimensiones fundamentales:

1) El medio ambiente natural o abierto integrado por la biosfera, el aire, el agua y el suelo, en cuanto que constituyentes del factor vida; y los ecosistemas, producto de la interacción entre los seres vivos y el medio. Este incluye: a) la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos; y b) la gestión, conservación y desarrollo sostenible de los bosques y el cuidado de sus funciones y usos múltiples y complementarios.

2) El medio ambiente cerrado, es decir, aquel que ha sido

9. La presente concepción ha sido tomada de la Monografía titulada “La protección internacional del derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado”, Sin datos sobre su autoría, en www.Monografias.com.

10. *Ibidem*.

construido por el hombre para realizar su vida, satisfaciendo así su sistema de necesidades.

E. Contenido prestacional.

La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha especificado el contenido de este derecho, en la forma siguiente: "A fin de lograr una mejor comprensión del contenido del derecho en cuestión, es indispensable hacer referencia a su naturaleza mixta: como derecho personalísimo y como derecho prestacional¹¹.

La primera vertiente implica el disfrute esencialmente estético o no económico de los bienes ambientales, como resultado de la limitación al aprovechamiento de los recursos naturales. Disfrutar de los bienes ambientales entraña un acto de libertad que se ve amenazado por el uso abusivo de los recursos naturales. Al mismo tiempo, el ejercicio de otros derechos, como el de propiedad o la libertad económica, sólo puede concebirse con el ejercicio del derecho a un ambiente adecuado. Al suponer un acto de libertad, el disfrutar del entorno es por ello un derecho subjetivo de libertad y se genera la pretensión de no ser molestado en ese disfrute. La principal actividad del derecho involucra la decisión personalísima del titular de disfrutar tales o cuales bienes ambientales y de cómo disfrutar de los mismos.

Por su parte, la segunda manifestación, se refiere a la obligación de preservar el medio ambiente. Así los titulares del derecho pueden exigir del Estado medidas suficientes de protección, lo que indica que el derecho en estudio presenta una vertiente prestacional y una estructura típica de los derechos sociales. Asimismo, presupone la actividad del legislador y la acción protectora de los poderes públicos. Los poderes públicos deben limitar el aprovechamiento de los recursos naturales para asegurar su preservación, puesto que están obligados a poner en disposición de los particulares del derecho los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Las personas tienen, pues,

11. Los derechos del ciudadano frente a acciones positivas del Estado pueden dividirse en dos grupos, el de aquellos cuyo objeto es una acción fáctica y el de aquellos cuyo objeto es una acción normativa. Se trata de un derecho a una acción positiva fáctica cuando se supone un derecho de un propietario de una escuela privada a recibir ayuda estatal a través de subvenciones, se fundamenta un mínimo vital o se considera una pretensión individual del ciudadano a la creación de plazas de estudio. El hecho de que la realización de este tipo de derechos se lleve a cabo de una forma en algún modo jurídica no altera en nada el carácter del derecho como un derecho a una acción fáctica. Para la realización del derecho es irrelevante la forma cómo ella se lleve a cabo...la irrelevancia de la forma jurídica de la realización de la acción para la satisfacción del derecho es el criterio para la delimitación de los derechos a acciones positivas fácticas y a acciones positivas normativas. Los derechos a acciones positivas normativas son derechos a actos estatales de imposición de normas...Cuando se habla de derecho a prestaciones se hace referencia a acciones positivas fácticas..."Teoría de los Derechos Fundamentales": Robert Alexy. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2002. Páginas 194-195.

el derecho de recibir de los poderes públicos un “medio ambiente adecuado” para su desarrollo. Tanto el acceso como el uso y la contemplación de los recursos naturales deben realizarse en las condiciones fijadas por los poderes públicos que han de asegurar la adecuación de esas actividades con la finalidad del ejercicio del derecho. La adecuación del medio al desarrollo de la persona, la calidad de vida, el uso racional de los recursos naturales o la intensidad en la protección del entorno han de ser calibrados por los poderes públicos; es decir, que no es posible que cada titular del derecho interprete los términos constitucionales, según sus personales apetencias, pues lo colectivo del objeto y de su disfrute exigen esa intervención pública que pondere la adecuación de los bienes ambientales y el grado de preservación y protección necesarios para que el entorno pueda seguir siendo disfrutado”¹².

F. Fundamento.

El derecho al medio ambiente sano tiene un doble fundamento: un inmediato y un final: el fundamento inmediato consiste en la necesidad de conservar el medio ambiente en condiciones de garantizar la pervivencia de la especie humana, y en consecuencia, como instrumento *asegurador* de la realización de los demás derechos humanos; mientras que el fundamento último del derecho al medio ambiente sano no es otro más que la dignidad de la persona humana¹³.

G. Límites.

Aún cuando el derecho al medio ambiente goce del carácter de un derecho fundamental, no cabe colegir de ello, como tampoco se hace respecto a los demás derechos fundamentales, que éste

12. Sentencia de 26-VI-2003, Amparo 242-2001. Considerando IV 2, citado en: “Constitución y Jurisprudencia Constitucional”: Rodolfo Ernesto González Bonilla. 1ª. Edición. Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador.2003. Páginas 199-200.

13. La dignidad humana supone el valor básico fundamentador de los derechos humanos, que justamente tiende a explicitar de forma más concreta la realización de la persona dentro de la sociedad...El respeto a la idea de dignidad humana implica en forma preferente, el respeto de la voluntad y creencias de un individuo, lo cual consiste fundamentalmente en permitir que éste asuma o sobreleve aquellas consecuencias de sus decisiones, que él ha tenido en cuenta al adoptar la decisión...es entonces lo que podríamos denominar “el respeto al plan de vida del individuo” siempre y cuando el mismo sea compatible con el mantenimiento de los planes de vida de la comunidad conformada por una pluralidad de individuos...”Teoría de la Constitución Salvadoreña”: Roberto Enrique Rodríguez Meléndez, ET AL: 1ª. Edición. Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador.2000. Cf. Páginas 149-153. “Es claro que la dignidad de la persona humana -cuyo respeto es, según el preámbulo constitucional, elemento integrante de la base sobre la cual se erigen los fundamentos jurídicos de la convivencia nacional- comprende la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. En el texto constitucional pueden encontrarse algunas disposiciones que implican manifestaciones de tal categoría jurídica; una de ellas es la existencia digna -a la cual se refieren los Arts. 101 inciso 1 y 37 inciso 2 Cn.-, que significa no sólo la conservación de la vida, sino el mantenimiento de la misma a un cierto nivel, el que facilite la procura de las condiciones materiales necesarias para el goce de los restantes derechos fundamentales” Sentencia de Inconstitucionalidad 4-97.

sea absoluto, carente de limitaciones¹⁴. Sin embargo, lo que si interesa destacarse es que, dado su carácter de derecho fundamental, las limitaciones a su ejercicio sólo pueden realizarse por la Constitución o por ley formal.

En relación con los límites internos del derecho al medio ambiente es posible manifestar que el reconocimiento constitucional del Art.117 Cn no ampara cualquier goce y uso del entorno sino sólo aquel disfrute con vistas a la finalidad concreta de asegurar el desarrollo de la persona. En consecuencia, no todo uso -sino sólo aquél dirigido al desarrollo de la persona- está amparado por el Art.117 Cn. El ejercicio del derecho queda condicionado por su función social, porque es evidente que la adecuación del objeto del derecho y de su finalidad se predicen de todas las personas y no de unas pocas. Todo ejercicio del derecho tiene, en definitiva, que ser compatible con el mantenimiento del objeto y con su goce, incluso simultáneamente, por parte de los titulares del mismo. Cualquier ejercicio excluyente constituiría abuso del derecho pues se desbordarían los límites constitucionalmente trazados.

También pueden encontrarse límites externos. Desde el momento que los poderes públicos actúan desplegando una política ambiental, el resultado de dicha política condiona, decisivamente, el ejercicio del derecho que siempre debe ser compatible con la preservación y la mejora de los bienes ambientales. Ahora bien, cabe recordar en términos generales que los límites externos formulados mediante la ley formal pueden ser establecidos libremente por la Asamblea Legislativa, siempre que se cumpla con las siguientes

14. El inciso primero del Art. 246 Cn prescribe: "los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio". A partir de tal disposición de la Ley Suprema, corresponde en el presente apartado establecer el alcance de dicha norma bajo dos situaciones: la distinción entre regulación y limitación de derechos constitucionales (...); a. la regulación normativa comprende entre otros aspectos, el establecimiento de la titularidad, las manifestaciones y alcances de los derechos así como las condiciones para su ejercicio y sus garantías (...). b. la limitación o restricción de un derecho supone en principio una regulación, por la cual se establecen ciertos impedimentos para el ejercicio de ese derecho. Sentencia de 26-VII-99, Inc. 2-92. En igual sentido: "A. la regulación normativa o configuración es la dotación de contenido material a los derechos fundamentales -a partir de la insuficiencia que la Constitución les otorga- lo cual lleva a adoptar disposiciones que establezcan sus manifestaciones y alcances, las condiciones para su ejercicio, así como la organización y procedimientos que sena necesarios para hacerlos efectivos y sus garantías. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que un derecho constitucional puede ser regulado por las disposiciones infraconstitucionales provenientes de aquellos órganos estatales o entes públicos que se encuentran constitucionalmente facultados para ello. (...) B. la limitación o restricción de un derecho, en cambio, supone una regulación e implica la modificación de su objeto o sujetos -elementos esenciales del derecho fundamental- de forma que implica una obstaculización o impedimento para el ejercicio de tal derecho, con una finalidad justificada desde el punto de vista constitucional. A diferencia que en el caso de la regulación, la limitación sólo es susceptible de ser realizada por la propia constitución o por la ley entendida en sentido formal, es decir, la fuente jurídica emanada de la Asamblea legislativa. Si la restricción se hace por disposiciones constitucionales nos encontramos en presencia de restricciones directamente constitucionales; por el contrario, si se hace por leyes, nos encontramos en presencia de limitaciones legales. (...) La necesidad de garantizar iguales derechos para todos, así como la de proteger el bien común y la seguridad jurídica -las condiciones que crean el marco político-jurídico para la plena realización de la persona humana- habilitan al legislador para limitar los derechos de una persona con el fin de hacerlos compatibles con el ejercicio de los derechos de los demás, o para preservar dichos fines constitucionalmente proclamados. Sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97 / 15 - 97.

condiciones: Que sean establecidos atendiendo a un criterio constitucional que autorice limitar derechos fundamentales; que no altere el (contenido del) derecho al medio ambiente –Art.246 inciso 1 Cn.-; y que respete el principio de proporcionalidad¹⁵. Finalmente, en cuanto a los límites externos implícitos debe señalarse que el derecho al medio ambiente colinda con el ejercicio de otros muchos derechos y con intereses y bienes protegidos. Sin embargo, aún cuando la protección del entorno sea un interés de rango constitucional, su posición en el universo de bienes jurídicos no puede considerarse de rango superior y ha de compaginarse, en la inevitable ponderación con los demás.

El reconocimiento del derecho al medio ambiente plantea dos problemas fundamentales. El primero es el de las relaciones recíprocas entre el derecho al medio ambiente y otros derechos constitucionales –en especial el de propiedad y el de libertad económica– y el segundo –derivado del anterior– es la necesaria ponderación entre derechos que habrá de hacerse en los casos concretos por el aplicador del derecho (entiéndase autoridades jurisdiccionales y no jurisdiccionales). Asimismo, cabe resaltar también que corresponde al legislador llevar a cabo una previa y general ponderación que asegure la fuerza expansiva de los bienes jurídicos en tensión¹⁶.

H. Política ambiental.

En íntima relación con el derecho al medio ambiente sano, especialmente por su objeto, se encuentra la Política Ambiental¹⁷, regulada en el Art. 2 de la Ley, la cual se cimienta en 3 pilares: a) Es una política estatal, en consecuencia, el Estado asume el rol principal en el diseño, elaboración y ejecución de la política ambiental; b) debe ser participativa, pues la participación de todas las instituciones es básica para la atención integral de los problemas ambientales; y c) su finalidad es mejorar la calidad de vida, por lo que la política ambiental está destinada al mejoramiento de la calidad de vida de la persona y se reconoce su participación activa en los

15. La limitación a los derechos fundamentales debe respetar un límite que se le impone, que es la sumisión al principio de proporcionalidad, en virtud del cual debe existir una relación medio-fin en la que el primero cumpla con las características de idoneidad-es decir, que sea útil para el fin que pretende alcanzar-necesidad-es decir, que no existan otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar dichos objetivos – y que no cause más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes jurídicos en juego. Sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97 / 15 - 97.

16. Sentencia de 26-VI-2003, Amparo 242-2001. Considerando IV 2, citado en: "Constitución y Jurisprudencia Constitucional": Rodolfo Ernesto González Bonilla. 1ª. Edición. Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador:2003. Páginas 202-203.

17. La política nacional del medio ambiente es un conjunto de principios, estrategias y acciones, emitidas por el Consejo de Ministros y realizada por el Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales, y por el Sistema Nacional de Gestión del Medio Ambiente...La política nacional del medio ambiente deberá guiar la acción de la administración pública, central y municipal, en la ejecución de planes y programas de desarrollo. Art. 3 de la Ley del Medio Ambiente.

diversos procesos¹⁸.

Por su parte, la Sala de lo Constitucional ha afirmado con respecto a la Política ambiental: “La política estatal ambiental es concebida como una política integral que comprende la concurrencia de participación del Estado y los particulares en la protección del medio ambiente, para lo cual el Estado tiene la obligación de incentivar a los participantes y darles la asistencia técnica necesaria para el adecuado aprovechamiento de los recursos naturales, así como fomentar y proteger las asociaciones económicas que tengan por objeto incrementar la riqueza nacional mediante la racional utilización de los recursos naturales, con posibilidad que el Estado intervenga activamente en la constitución y funcionamiento de tales asociaciones; ello se ve complementado con un componente educativo, que implica la obligatoria enseñanza de la conservación del medio en todos los centros docentes de la República (Art.60 inciso 2 Cn) y un componente de control de salubridad, mediante la actuación del Estado en el control de la calidad de los productos alimenticios y de las condiciones ambientales (Art. 69 inciso 2 Cn); y finalmente, un límite a la actividad que el Estado desarrolla para cumplir con su obligación de promover el desarrollo económico y social del país: la racional utilización de los recursos, para lo cual se dispone –como instrumentos idóneos que deberá utilizar en el cumplimiento de tal obligación- la planificación y ejecución de planes adecuados para la conservación del medio, en los que deberá privar

18. Conforme a ello, la política ambiental está informada por los principios siguientes: 1. Conservación y uso sostenido del medio y de los recursos naturales: el Estado está obligado a promover el equilibrio dinámico entre el desarrollo socio-económico, la conservación y el uso sostenido del ambiente y los recursos naturales para satisfacer las necesidades y aspiraciones de las presentes y futuras generaciones; 2. Orientación y educación ambiental: dentro del componente educativo debe incluirse la educación ambiental orientada al fin de alcanzar el desarrollo sostenido del país, entendido como el uso de la biosfera por el ser humano, de tal manera que produzca el mayor y sostenido beneficio para las generaciones actuales, manteniendo su potencialidad para satisfacer las necesidades y aspiraciones de las generaciones futuras; 3. Armonía con el interés social: todo aprovechamiento de los recursos naturales y de los demás elementos ambientales debe realizarse de modo compatible con el equilibrio ecológico y el desarrollo en armonía con el interés social; 4. Elevación de la calidad de vida: debe tomarse en cuenta el control y la prevención de la contaminación ambiental, la conservación de los ecosistemas, el mejoramiento del entorno natural en los asentamientos humanos, el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales, la preservación de la diversidad genética y el aprovechamiento sostenido de las especies, como elementos fundamentales para garantizar y elevar la calidad de vida de la población; 5. Principio de prevención: la actividad estatal y la de los particulares debe observar fundamentalmente el principio de la prevención, entendiéndose que la protección ambiental no se limita a la restauración de daños existentes ni a la defensa contra peligros inminentes, sino a la eliminación de posibles daños ambientales; 6. Control ambiental: el Estado debe efectuar las acciones de control de la contaminación ambiental, debiendo ser realizadas, principalmente, en las fuentes emisoras y los costos de la prevención, vigilancia recuperación y compensación del deterioro ambiental corren a cargo del causante del perjuicio (principio del que contamina paga); 7. Rehabilitación: el Estado debe rehabilitar las zonas que resulten perjudicadas como consecuencia de actividades humanas para ser destinadas al bienestar de las poblaciones afectadas; 8. Integralidad: el Estado y la población deben tener en cuenta que el ambiente no sólo constituye un sector de la realidad nacional, sino un todo integral de los sectores y actividades humanas. Es por ello que las cuestiones y problemas ambientales deben ser considerados y asumidos globalmente y al más alto nivel como problemas de política general, no pudiendo ninguna autoridad eximirse de tomar en consideración o de prestar su concurso a la conservación del medio ambiente y los recursos naturales; 9. Territorialidad: el Estado debe velar porque las actividades que se lleven a cabo dentro del territorio nacional y en aquellas zonas donde ejerce soberanía y jurisdicción no afecten el equilibrio ecológico de otros países o de zonas de jurisdicción internacional.

el criterio teleológico del interés social”¹⁹.

La política ambiental tiene su base constitucional en el Art. 117 inciso 2, en cuanto dicha disposición es contentiva de los principios proteccionista, conservacionista y de restauración o sustitución, juntamente con la garantía fundamental de utilización racional de los recursos en contexto con el desarrollo sustentable. “El inciso 2 del Art. 117 Cn asegura la protección estatal de los bienes ambientales, mediante la vinculación de los poderes públicos a los principios ambientales y a la garantía de la utilización racional de los mismos. (a) el primero de esos principios es el proteccionista, el cual tiene relación con las medidas preventivas que impidan el deterioro de los bienes ambientales cuya conservación se pretende. Las medidas preventivas son medios técnicos específicos que, generalmente van asociados con limitaciones de las actividades contaminantes o con otras más específicas, como la prohibición de la caza y del comercio de especies animales protegidas o la evaluación del impacto ambiental. Así por ejemplo, la regulación de actividades clasificadas como contaminantes es una política de protección ambiental; ahora bien, es cierto que, en general, las normas sobre contaminación permiten un cierto grado de emisiones contaminantes pero éstas son menores o se prohíben cuando puedan afectar a bienes ambientales especialmente catalogados o conservados: las medidas protectoras son, por lo tanto, más o menos intensas según sea la calidad de los bienes ambientales objeto de las mismas. Por ello, la doctrina admite que estas medidas tendrán que ser muy rigurosas cuando los posibles peligros acechan a los bienes ambientales de una zona rural; y menos rigurosas serán por supuesto, las medidas protectoras del entorno urbano, donde es difícil conseguir un alto grado de protección de parajes naturales, pues la existencia misma de la ciudad supone una disminución considerable de la fauna y floras silvestres. Para la doctrina, la medida protectora de carácter más importante es la evaluación del impacto ambiental, la cual introduce la variable ambiental en la ejecución de proyectos tanto públicos como privados. El análisis del impacto ambiental se inserta en un procedimiento que tramita la Administración pública, cuya decisión concede o deniega la autorización ambiental. (b) El segundo principio es el conservacionista que implica en general, la retirada del mercado de algunos bienes naturales cuya utilización racional prácticamente se reduce al exclusivo ejercicio del derecho a disfrutar del medio ambiente. Son ilustrativos los casos de los parques nacionales y de los espacios naturales protegidos, donde se pretende mantener intactos los recursos de las zonas protegidas, proscribiendo o limitando cualquier explotación de los mismos. (c) el tercer principio es el de restauración

19. Sentencia de 2 - VII-1998, Inconstitucionalidad 5 -93, Considerando IV 1 D.

o sustitución de recursos, el cual es un complemento de los dos anteriores. Este principio implica el fomento de las actuaciones encaminadas a regenerar los deterioros y degradaciones producidos en el medio ambiente a través de medidas represivas que sustituyan el uso irracional y contaminante de los recursos naturales por el saneamiento y recuperación de dichos espacios. Esta tarea es a largo plazo y algunos ejemplos de acciones son la sustitución de técnicas productivas e industriales contaminantes por técnicas no contaminantes así como las políticas de reforestación y de cambio de uso del suelo. (d) finalmente la garantía de utilización racional de los recursos naturales se encuentra de la mano con el desarrollo sostenible...²⁰.

9. Síntesis.

El derecho al medio ambiente sano es un derecho fundamental que se encuentra de manera implícito en el Art.117 de la Constitución y que ha sido reconocido vía jurisprudencial. En consecuencia, goza de la tutela reforzada que tiene la constitución y es, en su naturaleza, un derecho de tercera generación. No obstante, previo a ese reconocimiento, ya aparece regulada en su dimensión de principio de la política ambiental por el Art. 2 literal "a" de la Ley del Medio Ambiente. Es un derecho de carácter personalísimo y prestacional que consiste en la conservación, preservación, restauración y mantenimiento de los recursos naturales como condicionantes que aseguran la salud y la existencia de una vida humana digna.

Como tal, este derecho contiene tres dimensiones: genéricamente, una primera, relativa al derecho a la vida, y una segunda relativa al derecho a la salud; específicamente, una tercera concerniente específicamente al derecho al medio ambiente sano en sentido estricto. Aún así, los derechos a la vida y a la salud son derechos fundamentales por sí solos, pero a su vez, son dimensiones del derecho al medio ambiente sano, cuyo contenido conceptual aún se encuentra en construcción.

Son sujetos activos del derecho al medio ambiente sano las personas naturales, físicas o jurídicas individuales, sin distinción alguna, nacional o extranjera; al igual lo son las personas jurídicas privadas y públicas, incluyendo al Estado mismo, salvo en la vertiente personalísima del mismo en donde por razones lógicas éstas no pueden disfrutar del mismo. Son sujetos pasivos los Estados a nivel internacional y a nivel territorial soberano, al igual que las instituciones públicas que lo conforman, así como también las personas naturales

20. "Constitución y Jurisprudencia Constitucional": Rodolfo Ernesto González Bonilla. 1ª. Edición. Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador.2003.

o jurídicas, nacionales o extranjeras, en cuanto puedan generar un daño al ambiente.

El objeto de este derecho es el medio ambiente mismo, en dos dimensiones: a) el medio ambiente natural o abierto y el medio ambiente artificial o cerrado. Su fundamento también es doble: un fundamento inmediato que consiste en la necesidad de asegurar la supervivencia de la especie humana y un fundamento último, la dignidad humana.

En cuanto a su contenido, el derecho al medio ambiente sano en estricto sentido tiene una vertiente personalísima referida a la titularidad y disfrute de los bienes ambientales; y una vertiente prestacional, en cuanto se es titular y puede pretenderse del Estado y de sus instituciones públicas, que preserve, conserve y restaure el medio ambiente. Como derecho fundamental no es absoluto y está sujeto a regulación y limitación, pues, puede ponderarse con otros derechos fundamentales, siempre y cuando no se afecte el núcleo esencial del mismo.

Por su objeto se vincula indisolublemente con la política ambiental que se basa en tres pilares: es una política a través del cual el Estado cumple sus obligaciones, debe ser participativa y con la finalidad de mejorar la calidad de vida de la persona. Asimismo, se informa la política ambiental, por una parte, de los principios teóricos de: 1) conservación y uso sostenido del ambiente y de los recursos naturales; 2) orientación y educación ambiental; 3) armonía con interés social; 4) elevación de la calidad de vida; 5) principio de prevención; 6) control ambiental; 7) rehabilitación; 8) integralidad; y 9) territorialidad. Por otra parte, se informa de los principios constitucionales proteccionista, conservacionista y el de restauración o sustitución de recursos, así como también de la garantía de utilización racional de los recursos naturales en contexto con el desarrollo sostenible.

