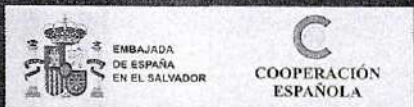


Ventana

J u r í d i c a

No. 6

Año III - Vol. 2
Julio - diciembre 2005



Año III - Vol. 2
Julio - diciembre 2005

PUBLICACION DEL
CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA



VENTANA JURÍDICA

PROYECTO DE FORTALECIMIENTO DE LA CAPACITACIÓN
INICIAL Y CONTINUA DE OPERADORES JURÍDICOS
(AECI - CNJ)

600031

No. 6

REPÚBLICA DE EL SALVADOR

Año III - Vol. 2

Julio - diciembre 2005

PLENO DEL CONSEJO

Presidencia

Lic. David Gonzalo Cabezas Flores

Consejales Propietarios

Dr. Jorge Efraín Campos
 Lic. José Ricardo Chigúlla Durán
 Dra. María Hortensia Cruz de López
 Licda. Marta Alicia Aguirre de Pérez
 Licda. Nora Montoya Martínez
 Lic. Carlos Arnulfo Cándido.

Agencia Española de Cooperación Internacional
 Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos

Juan Ignacio Pita, Coordinador de la Oficina Técnica de Cooperación
 Embajada de España en El Salvador.
 Beatriz González Sánchez, Directora del Programa de Justicia.

Unidad de Producción Bibliográfica y Documental, CNJ - ECJ

Los artículos publicados son de la exclusiva responsabilidad de sus autores

1.	Recursos de revocatoria y de apelación presentados por la defensa en el Código Procesal Penal de El Salvador.... <i>Javier Llobet Rodríguez</i>	1
2.	Análisis criminológico de las tipologías y el tratamiento de los agresores familiares <i>Santiago Redondo Illescas</i>	49
3.	El interrogatorio del perito en el debate <i>Carlos Ernesto Sánchez Escobar</i>	67
4.	Hacia la mediación penal <i>María Elena Caram</i>	101
5.	Empresa individual de responsabilidad limitada y sociedad unipersonal <i>Rutilio Antonio Díaz Martínez</i>	113
6.	Derecho, poder y Estado. El Estado de Derecho <i>Juan Antonio García Amado</i>	129
7.	Los derechos humanos: su fundamentación y alcances <i>Armando de la Torre</i>	173
8.	La lucha contra la corrupción, desde la perspectiva judicial <i>Eduardo de Urbano Castrillo</i>	185

PRESENTACIÓN

Este número de la Revista Ventana Jurídica es el último dentro del Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos, que el Consejo Nacional de la Judicatura ha venido desarrollando, desde 2003, con la inapreciable ayuda de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI).

Al finalizar esta valiosa experiencia de trabajo conjunto, el Consejo expresa su sincero agradecimiento a la Cooperación Española, especialmente por medio del excelentísimo Señor Embajador de España en el país, Don Jorge Hevia; el señor Coordinador de la Oficina Técnica de Cooperación de la Embajada de España, Don Juan Ignacio Pita; y, por supuesto, la entrañable Directora del Programa de Justicia de AECI, Dra. Beatriz González. También se reconoce la inestimable colaboración de los especialistas nacionales e internacionales que han facilitado sus artículos o investigaciones para integrar los números ya publicados.

El Consejo sostiene el compromiso, adquirido al iniciar la publicación de esta revista jurídica, de seguir contribuyendo al desarrollo de la reflexión y el debate fundamentado de ideas sobre los temas relevantes para los operadores jurídicos salvadoreños. Para ello, junto al agradecimiento de los aportes recibidos que se han integrado a los números previos de la revista, se reitera la atenta exhortación que los profesionales salvadoreños identifiquen esta obra como un canal disponible para la difusión de sus trabajos o investigaciones, siempre con el objetivo de ampliar las herramientas o instrumentos de autoformación del elemento humano en el sistema de administración de justicia.

Consejo Nacional de la Judicatura

1. Recursos de revocatoria y de apelación presentados por la defensa en el Código Procesal Penal de El Salvador.

Javier Llobet Rodríguez
Juez del Tribunal de Casación Penal
Profesor de la Escuela Judicial de Costa Rica.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Aspectos generales sobre los recursos. 2.1. Concepto de recurso. 2.2. Clases de recursos en el Código Procesal Penal de El Salvador. 2.3. El papel de la defensa técnica en los recursos. 2.4. Tendencia a la desformalización de los recursos. 2.5. Principios generales de los recursos. 2.5.1. Principio dispositivo. 2.5.2. Principio de limitada competencia del tribunal de alzada. 2.5.3. Principio de no reforma en perjuicio. 2.6. ¿Qué se puede y quién puede recurrir?. 2.6.1. ¿Qué se puede recurrir?: impugnabilidad objetiva. 2.6.2. ¿Quién puede recurrir?: impugnabilidad subjetiva. 2.6.3. El sufrimiento de un agravio. 2.7. Efectos de los recursos. 2.7.1. Efecto devolutivo. 2.7.2. Efecto suspensivo. 2.7.3. Efecto extensivo. 2.8. Desistimiento de los recursos. 2.9. La adhesión. 3. Recurso de revocatoria. 3.1. Concepto. 3.2. Impugnabilidad objetiva en la revocatoria. 3.3. Relevancia de la revocatoria. 3.4. Requisitos formales de la revocatoria. 3.5. Consejos para el recurso de revocatoria. 3.6. Revocatoria con apelación en subsidio. 4. El recurso de apelación. 4.1. Concepto. 4.2. Recurso de apelación e impugnación de la sentencia condenatoria. 4.3. Apelación e impugnabilidad objetiva. 4.4. Requisitos formales de interposición de la apelación. 4.5. Problemas del plazo para impugnar. 4.6. Requisitos de fondo de la apelación. 4.7. Consejos para preparar una apelación. 4.8. Algunos errores detectados con respecto a los recursos de apelación de la defensa pública. 4.9. Ejemplo de recurso de apelación. 5. Conclusiones.

1. Introducción.

Se ha señalado que la defensa pública ha tenido una serie de problemas con respecto a los requisitos de forma y de fondo de los recursos de revocatoria y de apelación. Para tales efectos se realizaron una serie de encuentros con abogados de la defensa pública (Procuraduría), en San Salvador, Santa Ana, San Miguel y Cojutepeque. En dichos encuentros se realizó una exposición teórica sobre los recursos en general y en particular sobre la revocatoria y la apelación en el Código Procesal Penal de El Salvador, discutiéndose con los diversos defensores públicos los problemas que se habían presentado, dentro de los que destaca la revocatoria con apelación en subsidio, los requisitos formales del recurso de apelación, lo mismo que los requisitos de fondo de éste. Para todo lo anterior se trató de combinar la exposición con el diálogo y las preguntas, y, por otro lado, la teórica con la práctica, por lo que se trataron de localizar diversas resoluciones de jueces de paz y de instrucción para discutir los aspectos que podrían ser impugnados, lo mismo que se analizaron diversos recursos de apelación, en particular en contra de la detención provisional. El presente texto trata de recoger los diversos

aspectos discutidos durante esos encuentros, pretendiendo que sirva de guía para que pueda ser utilizada por los defensores públicos en la elaboración de recursos, en particular de los recursos de apelación. Por ello se trata también de mencionar con ejemplos los diversos aspectos, lo mismo que dar diversos consejos prácticos fundamentalmente desde la perspectiva de la defensa.

2. Aspectos generales sobre los recursos.

2. 1. Concepto de recurso

Recurso es el medio por el cual las partes solicitan que el mismo tribunal que dictó una resolución judicial u otro de superior jerarquía, revise total o parcialmente dicha resolución, con el objeto de que la anule o modifique ¹.

En primer lugar es importante anotar que es un medio impugnativo que tienen los sujetos procesales, excluyéndose la actividad oficiosa del juez. Tradicionalmente en Latinoamérica debido a la influencia inquisitiva ha abundado la regulación de la consulta de oficio de determinadas resoluciones ante un tribunal superior en grado del que ordenó una resolución ². Esa consulta, que no fue establecida en el Código Procesal Penal de El Salvador, conforme a los principios acusatorios que trata de impulsar, no constituiría propiamente un recurso.

En segundo lugar debe anotarse que a través de los recursos se combate las resoluciones judiciales y no propiamente los actos procesales ³, por ejemplo la práctica de un allanamiento que se estima ilegal ya que no existió orden judicial, no estándose ante ninguno de los supuestos en que se autoriza prescindir de la orden judicial (Art. 177 CPP). En contra del acto de allanamiento propiamente lo que corresponde es un incidente de nulidad. Lo mismo cabe indicar si se combate que el secuestro de un objeto fue dispuesto por la Fiscalía sin orden judicial, ello a pesar de que no existía urgencia (Art. 180 CPP).

Relacionado con lo anterior es que a través de los recursos no se combaten actuaciones del Ministerio Público, o de las otras partes ⁴. Por ejemplo, no se puede presentar un recurso de revocatoria o de apelación en contra del requerimiento fiscal (Art. 247) ni en contra de la acusación (Art. 313).

1. En general la doctrina latinoamericana tiende a acudir a la definición de recurso proporcionada por Jorge Clariá Olmedo, el que señala que es "el medio impugnativo por el cual la parte que se considera agraviada por una resolución judicial que estima injusta o ilegal, la ataca para provocar su eliminación o un nuevo examen de la cuestión resuelta y obtener otro pronunciamiento que le sea favorable". Clariá Olmedo, Tratado de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Edlar, 1964, T. V, p. 442. Sobre ello véase, por ejemplo: Guariglia, Fabrizio, Régimen general de los recursos en el Código Procesal Penal de la Nación. En: Meier (Editor), Los recursos en el procedimiento penal. Buenos Aires, Editorial del Puerto, 1999, p. 1; Vivas, Gustavo, Manual de Derecho Procesal Penal. Córdoba, Aleveroni Editores, 1999, t. II, p. 451.

2. Sobre ello: Guariglia, op. cit., pp. 1-2, nota 3.

3. Cf. Guariglia, op. cit., p. 7; Clariá Olmedo, op. cit. T. V, p. 437; Vivas, op. cit., T. II, p. 472; Ayán, Manuel, Recursos en materia penal. Argentina, Marcos Lerner, 1995, p. 106.

4. Cf. Clariá Olmedo, op. cit. T. V, p. 437; Vivas, op. cit., T. II, p. 472; Ayán, op. cit., p. 106.

A pesar de lo anterior, se admite en general por la doctrina, que al presentarse un recurso en contra de una resolución judicial se impugne un acto como viciado de nulidad, en la medida en que la resolución descansa en ese acto. Así, por ejemplo, dentro de los requisitos de la detención provisional se encuentra, de acuerdo con el artículo 292 inciso 1 del Código Procesal Penal, que haya elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente que el imputado es con probabilidad autor o participe de un hecho delictivo. Ello significa que en la resolución de la detención provisional se debe hacer una valoración de la prueba existente en el asunto, de modo que si la decisión descansa en prueba que fue recibida ilegalmente, por ejemplo en los casos arriba indicados del allanamiento o del secuestro del objeto, entonces habrá que negar la existencia de la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado ⁵. Ello implica también la declaratoria de la nulidad del acto ilegal. Incluso debe afirmarse que en el mismo Código Procesal Penal para Iberoamérica de 1988, la forma en que se estableció que debía combatirse los actos procesales viciados era a través de un recurso, en cuanto hubieran tenido incidencia en el dictado de una resolución.

Debe tenerse en cuenta que el fundamento que justifica los recursos es la posibilidad de que se ordenen resoluciones erróneas, basándose en definitiva en la falibilidad de los órganos jurisdiccionales ⁶.

En cuanto a la pretensión del recurso se puede pretender la eliminación de la resolución, es decir la anulación de la misma ⁷. Ello es lo que normalmente se persigue a través de un recurso de casación, en donde lo normal es que la aceptación del vicio de la sentencia dé lugar a la anulación de la misma y a que se ordene el reenvío, no procediendo, en principio, cuando se alega un error *in procedendo*, es decir en la aplicación de la ley procesal, que se dicte una resolución que sustituya la que se impugnó. Esta sustitución, opera propiamente cuando se presenta un recurso de casación por violación de la ley sustantiva, en donde propiamente el Tribunal ante el recurso de la defensa de que hubo una mala calificación y de que el hecho no constituye un delito de robo, sino de hurto, la casación, en el caso de que lleve razón el recurrente, procede directamente a corregir el error del tribunal de juicio directamente, sin disponer el reenvío. Ello es lo normal también en un recurso de revocatoria y en uno de apelación, en donde la amplitud que tienen esos recursos en cuanto a la revisión que puede hacer el Tribunal que conoce el recurso, permite que simplemente éste, realizando un nuevo examen sobre la cuestión, proceda a corregir directamente el vicio.

Es importante anotar que el derecho a recurrir es independiente de la existencia real o efectiva del defecto o injusticia que se reclama a través de él ⁸. La falta de razón en el reclamo da lugar a que el recurso

5. Ello está regulado en el artículo 223 último párrafo del Código Procesal Penal, en cuanto se dispone que la declaratoria de nulidad no afectará la detención provisional, salvo que la nulidad afecte la fundamentación de dicha medida.

6. Clariá Olmedo, op. cit., T. V, p. 444.

7. Sobre ello: Guariglia, op. cit., p. 11; i. Gustavo, op. cit., T. II, p. 453.

8. Sobre ello: Clariá Olmedo, op. cit., T. V, p. 436.

en definitiva sea declarado sin lugar, pero no es una razón para declarar inadmisibile el recurso.

2.2. Clases de recursos en el Código Procesal Penal de El Salvador.

La doctrina hace una diferenciación en general en cuatro clases de recurso: a) revocatoria, b) apelación, c) casación y d) revisión.

Un sector de la doctrina niega que la revocatoria sea propiamente un recurso, debido a que falta el efecto devolutivo, de modo que pretende reservar el concepto de recurso a aquel en que el que conoce es otro tribunal, superior al que dictó la resolución. Sin embargo, no hay razones para negarle el carácter de recurso a la revocatoria, aun cuando debe aceptarse la poca relevancia de dicho recurso, debido a que no opera el efecto devolutivo, a lo que se hará mención luego.

En los últimos tiempos se ha extendido en Latinoamérica la concepción que niega el carácter de recurso a la revisión, indicándose que la misma es propiamente un procedimiento y no un recurso. Se reserva desde esta concepción el carácter de recurso a las resoluciones que no han adquirido el carácter de cosa juzgada material. Tampoco parece razonable negarle el carácter de recurso a la revisión, partiendo de que existe cosa juzgada. Téngase en cuenta que también a través de la revisión se impugna una resolución judicial y se pretende su anulación y en definitiva su modificación. Por otro lado, la regulación de la revisión como un procedimiento ha planteado problemas con respecto a la aplicación de los principios que rigen los recursos, los que en algunas legislaciones han tenido que ser aplicados analógicamente a la revisión, por ejemplo, el principio extensivo de los recursos.

El código salvadoreño sigue la concepción tradicional de la clasificación de los recursos, de modo que con acierto no niega el carácter de recurso a la revocatoria y a la revisión.

2.3. El Papel de la defensa técnica en los recursos.

Con respecto a la impugnación de resoluciones por parte de la defensa técnica es importante considerar las características propias del ejercicio de la misma. En primer lugar en cuanto se concede el derecho a la defensa a recurrir sin necesidad de que el imputado exprese su derecho a recurrir, es decir la defensa puede recurrir en forma autónoma del imputado y sin necesidad de que éste firme el recurso y que se le hubiera otorgado algún poder judicial al abogado defensor.

En segundo lugar debe considerarse la labor de asistencia que cumple el defensor con respecto al imputado, desempeñando una labor de defensa de éste, de modo que deben rechazarse las concepciones autoritarias que han pretendido afirmar que el defensor cumple una labor de búsqueda de la verdad material y del dictado de la correcta resolución con la realidad de los hechos. El defensor debe buscar la resolución más favorable para su cliente, sin embargo, en su actuación debe tener en

cuenta que no le está autorizado quebrantar la ley y realizar por ello algún acto de destrucción de prueba o de ofrecimiento de prueba falsa, o de inducción al falso testimonio.

Es importante, por otro lado, que la posición en que se coloca el defensor durante el proceso es diferente a la del juez. El juez debe decidirse por la resolución correcta en el caso concreto, tanto en relación con los hechos como en el derecho. El defensor lo que hace es proponer ante el juez, buscando una resolución favorable para su cliente, por ello ante dos interpretaciones posibles de la ley el juez debe decidirse necesariamente por una, debiendo escoger la que corresponda a lo más razonable, mientras que el defensor puede optar por la interpretación más favorable para su cliente. Lo mismo cabe indicar con respecto a discusiones de carácter probatorio, en donde siempre hay un gran margen de apreciación, que permite diversos tipos de argumentación. Por supuesto que el defensor debe conocer la ley y la jurisprudencia, debiendo valorar al momento de su impugnación las posibilidades mínimas de que su reclamo prospere, puesto que no tiene sentido simplemente recurrir por recurrir.

Debe insistirse en la gran relevancia que tiene el conocimiento de la jurisprudencia del tribunal ante el que se actúa cuando se presenta revocatoria o de la cámara ante la cual se interpuso apelación. En particular tiene gran importancia el conocimiento de los requisitos de admisibilidad de los recursos que exige la cámara respectiva, ello para no llevarse sorpresas. Desde la perspectiva del defensor es más conveniente cumplir con los requisitos exigidos por la Cámara, aunque no esté de acuerdo con ellos, ya que de no hacerlo estará destinado al fracaso profesional, en cuanto a que sus reclamos no prosperarán y así, por ejemplo, su defendido continuará en detención provisional.

Un principio del que debe partir la defensa es en definitiva no correr riesgos innecesarios con respecto al recurso que presenta, de modo que evite que su recurso vaya a ser declarado inadmisibile. Para ello debe seguirse el principio de que en ocasiones es mejor que la impugnación se exceda en su aspecto formal, a que peque por defecto, todo bajo el principio de que "lo que abunda no daña". Por supuesto que ello debe hacerse respetando las consideraciones que se dan con posterioridad en cuanto a que los recursos deben ser claros y breves.

2.4. Tendencia a la desformalización de los recursos.

Luego se hará referencia a las formalidades de la revocatoria y de la apelación. Con respecto, en general, al acto de interposición del recurso se puede hablar, que en él se distinguen los siguientes elementos⁹: a) la manifestación de la voluntad, por ejemplo presento revocatoria, apelo, o bien presento revocatoria con apelación subsidiaria, b) la expresión de los agravios, indicándose los puntos de la resolución que resultan agraviantes, c) la motivación o fundamentación del recurso, en donde el recurrente

9. Cf. Vivas, Gustavo, op. cit., T. II, pp. 475-476, quien hace referencia a la manifestación de voluntad, la expresión de agravios y la motivación o fundamentación.

explica por qué la resolución es errada o injusta, debiendo ser modificada o anulada. Debe aquí demostrarse la incorrección de la resolución, siendo en definitiva la parte del recurso de más relevancia y d) la petición que se formula de que se revoque, modifique o anule la resolución, la que debe ser coherente con los agravios y la fundamentación.

El derecho a los recursos tiene, hoy día, como fundamento, la garantía del derecho de defensa, lo que tiene gran relevancia en particular cuando el recurso es del imputado o de su defensor, lo que debe llevar a una desformalización de los recursos, que no haga ilusorio dicho derecho. Con respecto a lo anterior se debe hablar de la existencia de una tendencia, en el Derecho Comparado, hacia la desformalización de los recursos, que debe abarcar incluso al recurso de casación, recursos que tradicionalmente ha reunido caracteres formales, ello cuando se regula solamente ese recurso en contra de la sentencia condenatoria. Así la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del 2 de julio de 2004 (Caso Mauricio Herrera contra Costa Rica), a la que se hará referencia de nuevo más adelante. Así señaló que:

"164. La posibilidad de 'recurrir del fallo' debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho".

Es claro que si esa es una exigencia del recurso en contra de la sentencia condenatoria, mucho mayor razón debe existir para la desformalización de los recursos de revocatoria y apelación durante el procedimiento.

Esta tendencia a la desformalización encuentra acogida expresa en el código salvadoreño, artículo 407 párrafo 2, que señala: *"Si existieren defectos u omisiones de forma o fondo, el tribunal que conoce del recurso lo hará saber al recurrente, fijándole un plazo de tres días contados a partir de la notificación, para que subsane los defectos u omisiones de que se trate".*

Esta disposición ha sido también recogida en otras legislaciones, por ejemplo en el artículo 15 del Código Procesal Penal de Costa Rica, debiendo llevar a que antes de declarar inadmisibles los recursos, salvo que sea por razones de extemporaneidad, debería otorgarse una audiencia a la parte impugnante para que corrija los defectos.

Sin embargo, la aplicación de esta disposición debería tener un carácter excepcional, ya que con respecto a los recursos el tribunal que conoce de los mismos, ya sea, por ejemplo, el de apelación o el de casación, debe ser amplio, de modo que no debe exigir la forma por la forma, de modo que el recurso no requiera mayores complejidades. Ello debería llevar a que cuando lo que se reclama se entiende no debería existir dificultad para que el tribunal que conoce del recurso se pronuncie sobre el fondo del mismo.

Debe reconocerse que la preocupación expresada por los defensores públicos de la Procuraduría con respecto a los requisitos formales de los recursos de revocatoria y apelación, lleva más bien a considerar que aún imperan en muchas cámaras de apelaciones criterios

formalistas, que se convierten en un obstáculo para los recursos del imputado o del defensor.

2.5. Principios generales de los recursos.

2.5.1. Principio dispositivo

En el proceso penal una de las características generales es que rigen principios como el de oficialidad y el de legalidad, partiéndose del interés público que se tiene en la resolución correcta del asunto sometido a conocimiento de la justicia penal. Como consecuencia de ello en los delitos de acción pública se limita el efecto dispositivo, que tiene una gran vigencia en el Derecho Procesal Civil, como consecuencia del ligamen de éste con el Derecho Civil, del cual es un instrumento para su aplicación. Es importante indicar que el principio dispositivo ha llegado a tener aplicación en el proceso penal salvadoreño a través de institutos como la conciliación, la suspensión condicional del procedimiento, la reparación integral del daño y el procedimiento abreviado, pero la aplicación de todos esos institutos sigue siendo la excepción.

Con respecto a los recursos tiene, sin embargo, plena aplicación del principio dispositivo¹⁰. Así en recursos como el de apelación y de casación el efecto devolutivo del recurso, que le otorga competencia al tribunal superior con respecto a la resolución judicial, está condicionado a la manifestación de la voluntad de impugnar del sujeto agraviado por la resolución. Así la cámara que es competente para conocer de las apelaciones o la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a la que le corresponde resolver las casaciones, no puede corregir o anular una resolución si no es en virtud de la presentación de un recurso, estando vedado que lo haga de oficio, aun en casos en que la resolución sea injusta o manifiestamente ilegal.

Una consecuencia del principio dispositivo es la posibilidad de desistir de los recursos, establecida en el artículo 412 del Código Procesal Penal, a lo que se hará mención más adelante.

2.5.2. Principio de limitada competencia del tribunal de alzada.

El principio dispositivo implica que la parte perjudicada por una resolución judicial, puede impugnarla total o parcialmente, resultando que en este último caso la competencia del tribunal que conoce del recurso está limitada a los puntos a que se refieren los agravios (Arts. 407 párrafo 1 y 413)¹¹. El concepto de puntos de la resolución impugnados es, sin embargo, objeto de discusión. De acuerdo con el Diccionario Manual de

10. Sobre ello: Guariglia, op. cit., p. 12

11. Cf. Clariá Olmedo, op. cit. T. V, p. 466.

la Lengua punto es "cada uno de los asuntos o materias diferentes de que se trata en un discurso, conferencia, etc."¹². Según esto, punto de la resolución es cada una de las cuestiones de hecho y de derecho resueltas por el juez en el dispositivo de la resolución¹³. Así no existe discusión en que en una sentencia condenatoria se hace un pronunciamiento sobre la culpabilidad del imputado y además se procede a fijar la pena (Art. 361 CPP), de modo que podría impugnarse por medio del recurso de casación solamente la pena, dejándose de impugnar la declaratoria de culpabilidad. Igualmente se admite qué puntos de la resolución serían los diversos presupuestos materiales en que descansa la detención provisional¹⁴. Por ejemplo, podría impugnarse ésta reclamándose que no se da la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado (Art. 292 inciso 1 CPP), o bien que no se está ante ninguna de las causas de detención provisional (Arts. 292 inciso 2 y 293 CPP), o que no se respeta el principio de proporcionalidad (Arts. 6 y 297 inciso 2 CPP), o que procede la aplicación de una medida sustitutiva (Art. 294 CPP). Podría en un recurso de la defensa alegarse todos esos aspectos, combatiéndose con ello la resolución impugnada en cuanto a todos esos puntos, o bien solamente alegarse alguno de esos puntos, por ejemplo centrarse en que no existe prueba suficiente para sostener razonablemente que el imputado es autor o partícipe del hecho delictivo (Art. 292 inciso 1 CPP).

Una excepción a la limitación de la competencia del *ad quem* a los puntos impugnados, reconocida en general por la doctrina, es la declaratoria de nulidad absoluta, la que puede ser realizada de oficio, siempre y cuando el recurso interpuesto cumpla con los requisitos de admisibilidad¹⁵. Por supuesto en el caso del imputado la declaratoria de una nulidad absoluta tiene una limitación y es que a través de la misma no debe violentarse el principio de no reforma en perjuicio (Art. 413).

Se agrega a ello que el principio dispositivo implica que la parte perjudicada puede simplemente tolerar la resolución adversa y no presentar ningún recurso. Por ejemplo ante la detención provisional puede simplemente omitir impugnarla.

2.5.3. Principio de reforma en perjuicio.

El principio de no reforma en perjuicio es protector del imputado. Está regulado en el artículo 413 párrafo 3º del Código Procesal Penal, en cuanto establece:

"Cuando haya sido recurrida solamente por el imputado o su defensor, la resolución no será modificada en su perjuicio".

12. Diccionario Manual de la Lengua, p. 1261.

13. Así: Castillo González, Francisco. La prohibición de la "Reformatio in Peius" en el Código Procesal Penal. En: Revista de Ciencias Jurídicas (Costa Rica), No. 26, 1975, p. 198; Ayán, op. cit., pp. 134-138.

14. Este parece ser el criterio del que parte Ayán con respecto al término "puntos de la resolución impugnados". Así indica con respecto a la impugnación, no refiriéndose propiamente a la apelación de la detención provisional, que daba indicarse que se apela porque el hecho investigado no se cometió o no lo fue por el imputado, o que el hecho no encuadra en una figura penal, o que la calificación jurídica al hecho es incorrecta. Cf. Ayán, op. cit., p. 137.

15. Cf. De la Rúa, Fernando. El recurso de casación. Argentina, Víctor de Zavalia, 1968, pp. 132-133; Clariá Olmedo, op. cit., T. IV, p. 236; Leone. Tratado de Derecho Procesal Penal, T. I. Buenos Aires, 1963, T. III, p. 185; Guariglia, op. cit., p. 13.

El principio de no reforma en perjuicio (*no reformatio in peius*) protege al imputado, de modo que se trata de evitar que éste o su defensor no recurran en contra de una resolución por temor de que el tribunal de alzada vaya a ordenar una resolución más gravosa que la que se está impugnando¹⁶. Por ejemplo, cuando la defensa del imputado combate que se hayan ordenado medidas sustitutivas de la detención provisional del imputado (Art. 295 CPP), ello por estimar que no es procedente ordenar medida cautelar, no podría la cámara, al conocer del recurso de apelación, en ausencia de recurso del Ministerio Público, del querellante o de la víctima, disponer la detención provisional del imputado ni tampoco establecer medidas sustitutivas más gravosas que las que se habían ordenado. Igualmente si solamente impugnó el imputado a través de un recurso de casación, no podría el tribunal de casación aumentarle la pena. Ello debe valer en lo relativo al recurso de casación incluso con respecto al juicio de reenvío, es decir, cuando como consecuencia del recurso de casación del imputado se anuló la sentencia y se dispuso la realización de nuevo del juicio, no podría en éste disponerse una pena mayor que la que se había ordenado en el juicio que fue anulado.

Relevante es que el principio de no reforma en perjuicio opera a favor del imputado, de modo que, como se indica en el artículo 413 párrafo 2 del Código Procesal:

"Los recursos interpuestos por el fiscal, el querellante o el acusador permitirán modificar o revocar la resolución a favor del imputado".

Como consecuencia de lo anterior ante un recurso del Ministerio Público podría, por ejemplo, decretarse una nulidad de oficio que favorece al imputado. Igualmente en el juicio de reenvío al que se ha llegado como consecuencia de un recurso de casación del Ministerio Público que llevó a la anulación de la sentencia que se había ordenado en el juicio oral y público, podría imponerse una pena menor que la que se había dispuesto en el primer juicio y hasta absolverse al imputado que había sido condenado, pero cuya condena fue anulada totalmente en virtud del recurso del órgano fiscal.

2.6. ¿Qué se puede y quién puede recurrir?

2.6.1. ¿Qué se puede recurrir? Impugnabilidad objetiva.

Se establece en materia de recursos el principio de taxatividad objetiva de las resoluciones que pueden ser impugnables, contemplándose además de manera taxativa los medios impugnativos que se pueden ejercer en contra de cada resolución¹⁷.

16. Cf. Castillo. La prohibición..., pp. 187-192; Ayán, op. cit., pp. 166-168; Mesa Velásquez.: La reformatio in peius en el proceso penal. En: Revista del Externado de Colombia, No. 3, 1972, pp. 341-350.

17. Cf. Ayán, op. cit., pp. 103-106; Leone, op. cit., T. III, pp. 52-53; Manzini, op. cit., T. V, pp. 22-26; Clariá Olmedo, op. cit., T. V, pp. 461-467.

Ello está previsto en el artículo 406 párrafo 1 del Código Procesal Penal, que dispone:

"Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos".

2.6.2. ¿Quién puede recurrir?: Impugnabilidad subjetiva.

La impugnabilidad subjetiva significa que solamente pueden recurrir aquellos a los que la ley expresamente les concede el derecho a recurrir¹⁸. Se aminora este principio con la consideración de que cuando no se individualiza quién puede recurrir, esto supone en definitiva una forma de individualización, ya que implica que el recurso puede ser interpuesto por cualquiera de las partes¹⁹.

2.6.3. El sufrimiento de un agravio.

Se dispone en el artículo 406 CPP:

"En todo caso para interponer un recurso será necesario que la resolución impugnada le cause un agravio al recurrente". Para que haya interés en impugnar se requiere que la resolución le produzca un perjuicio al impugnante, el que se mide comparando la situación de éste antes y después de la resolución. El agravio debe ser analizado de una manera objetiva y no según la apreciación subjetiva del impugnante²⁰. Se señala que el agravio supone en definitiva un perjuicio o desventaja, que implica una restricción a un derecho o a la libertad²¹. Relevante es el principio de personalidad del agravio, de modo que el mismo debe haberse sufrido por la parte impugnante, en el caso del recurso del defensor del imputado, por este último, de modo que no puede invocarse el perjuicio sufrido por otro sujeto procesal²².

El perjuicio debe ser de carácter inmediato, de donde se ha deducido la teoría de la pena justificada y la teoría de la limitación del perjuicio a la parte dispositiva de la sentencia.

La teoría de la pena justificada, de importancia con respecto a los recursos de casación, señala que no hay interés cuando lo que se pretende es una modificación de la calificación jurídica que no provoca una variación de la pena impuesta en la sentencia recurrida²³.

La teoría de la limitación del perjuicio a la parte dispositiva, implica que no tiene interés quien resulta favorecido en la parte dispositiva, aunque discrepe en los fundamentos de la resolución²⁴. Se cita el ejemplo de que

18. Sobre la taxatividad subjetiva de los recursos: Ayán, op. cit., pp. 86-105; Leone, op. cit., T. III, pp. 62-76; Manzini, Tratado de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires 1954 T. V, pp. 25-39; Clará Olmedo, op. cit., T. V, pp. 453-461.

19. Cf. Vázquez/Castro, Vázquez, C./Castro, R.A. Procedimiento Penal Mixto. Argentina, 1968, T. III, p. 207.

20. Así, Castillo González, El interés para impugnar en el proceso penal. En: Revista de Ciencias Jurídicas. San José, No. 49, 1984, p. 44; De la Rúa, op. cit., p. 196; Ayán, op. cit., p. 87.

21. Cf. Ayán, op. cit., p. 88.

22. Cf. Ayán, op. cit., p. 88.

23. Cf. De la Rúa, op. cit., p. 97; Ayán, op. cit., p. 89; Vivas, op. cit., T. II, p. 468.

24. Cf. De la Rúa, op. cit., p. 97; Ayán, op. cit., p. 89; Vivas, op. cit., T. II, pp. 408 y 474. Sobre las teorías mencionadas y una crítica a las mismas: Castillo González, El interés..., pp. 45-49.

se disponga el sobreseimiento por operar una causa de justificación, pero el recurso del imputado pretende que se establezca que el hecho fue atípico²⁵.

Sin embargo, se discute si ello no debe tener excepciones, por ejemplo el Código de Procedimientos Penales costarricense de 1973 establecía que si se ordenaba el sobreseimiento definitivo a favor del imputado, el juez debía seguir un orden en el dictado de la resolución, de modo que no podría disponer el mismo por prescripción, cuando en realidad habría elementos para sostener con certeza que el imputado no cometió el hecho delictivo. El imputado y la defensa podrían recurrir de la resolución de sobreseimiento definitivo cuando el juez no hubiera respetado el orden establecido en el Código²⁶. En el caso salvadoreño podría justificarse el interés para recurrir en lo relativo a las consecuencias civiles, de conformidad con el artículo 45 del Código Procesal Penal, en cuanto se reclama a través del recurso de la defensa que el sobreseimiento definitivo debió ordenarse con base en una causa diferente a las establecidas en el inciso 2 del citado artículo. Por supuesto, en tal caso, la petición de la defensa en su recurso no sería propiamente que se revoque el sobreseimiento definitivo, reclamo con respecto al cual no tendría interés para impugnar, sino que el sobreseimiento definitivo debe ser dispuesto por una causa diferente a las establecidas en el inciso 2 del Código Procesal Penal, de modo que debe negarse la responsabilidad civil.

2.7. Efectos de los recursos.

2.7.1. Efectos devolutivo.

El efecto devolutivo implica que el recurso interpuesto le confiere competencia para resolverlo a un tribunal de mayor grado, el que se encuentra limitado al respecto por los puntos de la resolución impugnados.

Se trata de un efecto propio del recurso de apelación y del de casación, pero no del de revocatoria, el que precisamente se caracteriza porque no rige el efecto devolutivo, de modo que el que resuelve es el mismo tribunal que dispuso la resolución impugnada.

2.7.2. Efecto suspensivo.

El efecto suspensivo de los recursos es establecido en el artículo 411 del Código Procesal Penal, que indica:

"La resolución no será ejecutada durante el plazo para recurrir y mientras se tramita el recurso, salvo disposición en contrario".

El efecto suspensivo de los recursos se fundamenta en la posibilidad de que la resolución sea revocada o anulada como consecuencia de la interposición de un recurso.

26. Sobre ello véase: Guariglia, op. cit., p. 4.

25. Cf. Guariglia, op. cit., p. 3; Clará Olmedo, op. cit., T. V, p. 456; Vivas, op. cit., T. II, p. 408; Ayán, op. cit., p. 89.

La regla es el efecto suspensivo de los recursos, lo que queda claro en el artículo arriba citado, en cuanto establece que opera el mismo "salvo disposición en contrario".

Existen diversos artículos en el Código Procesal Penal que regulan excepciones al efecto suspensivo. En primer lugar debe mencionarse la resolución que ordena la detención provisional o una medida sustitutiva, ello de acuerdo con el artículo 304 Pr. Pn. Aun en el caso de que fuera impugnada por el imputado o su defensa, el imputado permanecerá privado de libertad mientras no se haya resuelto el recurso. La razón por la cual la orden de detención provisional o de una medida sustitutiva es de ejecución inmediata es que la demora en la misma puede dejar sin sentido la medida cautelar, por ya no poder cumplir los fines por las que fue ordenada, por ejemplo si se trata de evitar el peligro de fuga, pero se suspende la privación de libertad, esa demora puede hacer que ya después el imputado no pueda ser detenido, por haberse dado efectivamente a la fuga.

A diferencia de ello una resolución que ordene cesar la detención provisional de acuerdo con el artículo 297 del Código Procesal Penal no tiene efecto suspensivo, de modo que el imputado debe ser liberado de inmediato, aun cuando el Ministerio pueda presentar un recurso de revocatoria, conforme al artículo 414 Pr.Pn.

No tiene efecto suspensivo tampoco la sentencia absolutoria con respecto a la detención provisional, ya que en tal supuesto debe ser liberado el imputado, según se establece claramente en el artículo 443 del CPP, ello en relación con el artículo 360 del mismo. Lo anterior también es totalmente lógico, debido a que uno de los presupuestos de la detención provisional es la existencia de la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado, de acuerdo con el artículo 292 inciso 1, resultando que cuando se ordena una sentencia absolutoria, aun cuando no esté firme, ya no se puede afirmar más la existencia de una probabilidad de la responsabilidad penal del imputado, llevando así los nuevos elementos de convicción a demostrar que no concurre dicho requisito, por lo que procede la cesación de la privación de libertad, de acuerdo con el artículo 297 inciso 1 del Código Procesal Penal.

Lo lógico es que los mismos razonamientos deben regir con respecto al sobreseimiento definitivo y al sobreseimiento provisional. Sin embargo, con respecto al sobreseimiento provisional en el artículo 312 CPP se regula la sustitución de la detención provisional por una medida sustitutiva, ello cuando el delito mereciera por su naturaleza pena de prisión superior a tres años. Una vez firme el sobreseimiento provisional debe cesar toda medida cautelar, de acuerdo con el artículo 309 CPP. Solamente se establece la cesación de cualquier medida cautelar en caso de que no esté firme, cuando la pena para el delito fuera inferior a la arriba indicada, ello conforme al último párrafo del artículo 312 CPP. En realidad lo correcto es que el sobreseimiento provisional, en todos los casos, haga cesar todas las medidas cautelares y no solamente en este caso, puesto que, la duda en que se fundamenta el sobreseimiento provisional es contraria a la

probabilidad que le da sustento, no solamente a la detención provisional, sino también a las medidas sustitutivas de la detención provisional (Arts. 295 y 296 CPP). Téngase en cuenta que no se puede hacer referencia a una sustitución de la detención provisional, cuando en el caso concreto no se da uno de los requisitos de dicha detención.

Sorprendentemente en el Código no se hace referencia expresa al sobreseimiento definitivo en cuanto a que no opera el efecto suspensivo con respecto a la detención provisional. Debe tenerse en cuenta que el sobreseimiento definitivo tiene en común con la sentencia absolutoria que producen cosa juzgada material cuando se encuentran firmes, por lo que no hay razón para darle un tratamiento diferente. Por otro lado, sería absurdo que con respecto al sobreseimiento provisional, se tuviera que sustituir la detención provisional por otra medida cuando la pena fuera mayor de tres años, o bien hacer cesar toda medida cautelar si la pena es inferior a ello, pero el imputado que fuera sobreseído totalmente tuviera que permanecer detenido provisionalmente mientras transcurre el plazo para recurrir o se resuelve el recurso. Lo correcto es interpretar que tampoco tiene efecto suspensivo el sobreseimiento definitivo, ello con base en el artículo 297 inciso 1 del Código Procesal Penal, en cuanto ordene que cese la privación de libertad cuando ya no concurren los presupuestos de la detención provisional.

En el artículo 435 del Código Procesal Penal se establece también el efecto suspensivo, pero con carácter excepcional, cuando se presenta un recurso de revisión. Se dispone allí:

"Durante la tramitación del recurso, el tribunal podrá suspender la ejecución de la sentencia recurrida y disponer la libertad provisional del condenado o la aplicación de una medida cautelar no restrictiva de la libertad".

La regla allí es que la presentación de un recurso de revisión no tiene efecto suspensivo con respecto a la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia condenatoria, siendo la excepción que se disponga la suspensión. No queda claro cuándo es que puede procederse a la suspensión. En general se ha partido de una valoración *prima facie* en cuanto a la procedencia de la revisión, de modo que se ha dicho que se procede a suspender cuando es evidente (patente), que el que presenta la revisión lleva razón en su reclamo ²⁷.

27. Por ejemplo, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica suspendió la ejecución de la sentencia en asuntos en que se encuentra en prisión una persona a la que se había condenado siendo mayor de diecisiete y menor de dieciocho años, resultando que luego se subió la edad de la responsabilidad penal conforme al Derecho Penal de Adultos a dieciocho años. Al carácter de notoria evidencia de la procedencia del recurso como requisito para la suspensión de la ejecución de la orbea se ha referido la Sala Tercera en diversos fallos. Así en voto 694-98 del 24-7-1998 dijo: "tanto la suspensión de la ejecución de la sentencia como la posibilidad de disponer la libertad provisional del imputado durante el procedimiento de revisión a que se refiere el artículo 412 del Código Procesal, se constituyen en facultades realmente extraordinarias, cuyo ejercicio potestativo exige necesariamente una contundente fundamentación que así lo justifique, como sucede, por ejemplo, en aquellos casos en que el error judicial resulta notorio. Pero en el presente asunto, no se notan razones para acceder a lo solicitado" (En ese sentido véase también votos 576-98 del 19-6-1998, 629-98 del 2-7-1998, 965-98 del 9-10-1998, 1026-98 del 23-10-1998 1998, ordenados por la Sala Tercera). Otros fallos han resaltado el carácter excepcional de la suspensión de la ejecución. Se dijo por la Sala Tercera de la Corte en voto 847-98 del 10-7-1998: "la posibilidad de disponer la libertad provisional del imputado durante el trámite de éste y suspender la ejecución de la sentencia, se constituyen en facultades realmente extraordinarias de ejercicio facultativo, que requieren de una sólida fundamentación que así lo justifique. En definitiva, será al momento de emitir el fallo acerca de la revisión en donde se constata si los vicios aducidos existen o no y sobre su incidencia en la sentencia cuestionada. No se puede entrar a antevolar las irregularidades que se argumentan con el objetivo de suspender la pena, pues precisamente el proceso de revisión está destinado a aquellos efectos." Acerca del carácter excepcional de la suspensión de la ejecución se refirieron los votos 399-98 del 24-4-1998 y 435-98 del 15-5-1998, dictados por la Sala Tercera. Véase también: Tribunal

2.7.3. Efecto extensivo.

El artículo 410 del Código Procesal Penal regula el efecto extensivo: *"Cuando existan coimputados el recurso interpuesto por uno de ellos favorecerá también a los demás, a menos que se base en motivos exclusivamente personales."*

"En caso de acumulación de causas por delitos diversos, el recurso deducido por un imputado favorecerá a todos, siempre que se base en la inobservancia de normas procesales que afecten también a los otros y no en motivos exclusivamente procesales".

El efecto extensivo de los recursos supone que el imputado que no recurrió se beneficia también del recurso de otro coimputado, en cuanto sea acogido por motivos que no sean exclusivamente personales, de modo que sean comunes, siendo en definitiva una expresión del principio de igualdad.

Motivos exclusivamente personales son aquéllos que no tienen relevancia con respecto a la situación de los otros imputados, ni procesal ni sustancialmente, de modo que de ser declarado con lugar el recurso con base en dichos motivos no se produciría una contradicción entre los fallos²⁸.

Se favorece tanto si el reclamo presentado fuese de carácter meramente procesal como si lo fuese en cuanto a la mala aplicación de la ley sustantiva, ello cuando se trata de una misma causa.

Debe tenerse en cuenta que cuando se acoge un recurso de apelación en contra de una detención provisional, presentado a favor de uno de los imputados, no necesariamente se favorecen los otros. Por ejemplo, puede ser que la situación probatoria de cada imputado sea diversa, de modo que si se afirma que no puede estimarse como probable que cometió el hecho delictivo atribuido (Art. 292 inciso 1), ello mismo suceda con respecto a los otros imputados. Habrá casos en que los diversos imputados estarían en la misma situación al respecto y debería aplicarse el efecto extensivo, por ejemplo en contra de todos ellos existen las mismas pruebas incriminatorias y de descargo, de modo que si se afirma que se duda de la responsabilidad penal de uno de los imputados, también hay que decir ello con relación a los otros. Igualmente puede suceder que se haya anulado, por ejemplo el allanamiento de morada, con lo que se desvaneció la prueba incriminatoria con respecto a todos los imputados. También pueden los imputados estar en una situación diversa con respecto al peligro de fuga, ello en lo relativo a la sustitución de la detención provisional por una medida menos gravosa, de modo que, por ejemplo, con respecto a uno de los imputados en particular no existe claridad en cuanto a su identidad nominal, por carecer de documentación al respecto, de modo que puede suceder que con respecto a ese imputado se mantenga

28. Acerca del concepto de motivos exclusivamente personales véase: Ayán, op.cit., p. 188, Clariá Olmedo, op. cit., T.V., p. 481; Núñez, Ricardo. Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Anotado. Córdoba, 1978, p. 458.

la detención provisional y con relación a los otros se disponga una medida sustitutiva. Por otro lado, supuestos como la alarma social, prevista como causal para disponer la detención provisional y para denegar la sustitución de la misma, de acuerdo con los artículos 292 inciso 2 y 294 del Código Procesal Penal, en general tiene un carácter común con respecto a los diversos imputados a los que se les atribuye un mismo hecho, de modo que negar la alarma en lo atinente a un imputado, debe llevar a negarla con relación a los otros.

Es irrelevante para la aplicación del efecto extensivo que el imputado favorecido con él haya manifestado su conformidad con el fallo²⁹.

Se caracteriza el efecto extensivo porque se establece para favorecer al imputado, no rigiendo para perjudicarlo, esto no sólo como consecuencia del artículo en comentario que utiliza la palabra "favorecerá", sino también del Art. 413 CPP, que regula la no reforma en perjuicio (no reformatio in peius)³⁰.

Lógicamente si es el Ministerio Público el que recurre a favor del imputado es procedente el efecto extensivo, siempre que se den las condiciones de los párrafos 1º ó 2º del artículo en comentario³¹.

2.8. Desistimiento de los recursos.

Como consecuencia de la vigencia del principio dispositivo se permite el desistimiento de los recursos. Así, en el artículo 412 CPP se establece:

"Las partes podrán desistir de los recursos deducidos por ellas o sus defensores, sin perjudicar a los demás recurrentes o adherentes, pero cargarán con las costas."

"Para desistir de un recurso, el defensor deberá tener mandato expreso de su representado".

Como aspectos relevantes debe anotarse que el desistimiento de un recurso no perjudica al imputado que se adhirió al mismo, de modo que el tribunal superior debe resolver la adhesión. Por ejemplo, si el Ministerio Público impugnó la aplicación de medidas sustitutivas de la detención provisional, pretendiendo que se dispusiera ésta, mientras el imputado se adhirió al recurso y solicitó que se revocara toda medida cautelar, el desistimiento del recurso del Ministerio Público no implica que no deba resolverse la adhesión del imputado.

Por otro lado, se establece que el defensor no puede desistir autónomamente sin autorización expresa de su defendido. Lo contrario sí sería posible, el imputado puede desistir de los recursos de su abogado defensor.

29. Cf. Vivas, op. cit., T. II, p. 481.

30. Así: Ayán, op. cit., p. 186.

31. Así: Ayán, op. cit., pp. 190-191; Núñez, op. cit., p. 457.

2.9. La adhesión.

En el artículo 408 del CPP se regula la adhesión. Señala:

"El imputado que tenga derecho a recurrir, podrá adherirse, dentro del término de emplazamiento, al recurso concedido a la parte contraria, siempre que exprese, bajo pena de inadmisibilidad, los motivos en que se funda.

El derecho de adherirse corresponderá a todas las partes cuando se trate de las costas o la reparación del daño".

A través de la adhesión se permite que el imputado que no recurrió dentro del plazo correspondiente, habiendo tenido derecho a hacerlo, pueda recurrir fuera del plazo, siempre que lo haga dentro del período del emplazamiento. En realidad se trata de la presentación de un recurso fuera del plazo para recurrir³².

Característica del código salvadoreño, que lo diferencia de otros códigos latinoamericanos, es que solamente se permite la adhesión por el imputado, pero no por el Ministerio Público, el querellante y el acusador³³. Por otro lado, se hace referencia a la adhesión al recurso de la parte contraria, lo que no permite la adhesión al recurso de otro imputado, sino al del Ministerio Público, el querellante o el acusador.

El recurso del adherente debe cumplir con los requisitos exigidos para la interposición del recurso respectivo. Ese ha sido el criterio de la doctrina mayoritaria³⁴. Ello plantea, por supuesto, un problema al que hizo referencia uno de los defensores que intervino en el encuentro en Cojutepeque. Se trata del caso en que la resolución impugnada es favorable para el imputado, de modo que no existía agravio que diera cabida a la presentación de un recurso, pero las argumentaciones dadas por el Tribunal son débiles, de modo que se teme que ante la apelación del Ministerio Público la Cámara revoque la resolución, por ejemplo llegue a ordenar la detención provisional. Sin embargo, la defensa considera que haya una serie de consideraciones no analizadas por el juez que ordenó la resolución, con base en las cuales debería declararse sin lugar el recurso de apelación del Ministerio Público, confirmándose en definitiva la resolución. En definitiva se trata de supuestos en que la defensa puede estar de acuerdo con el dispositivo de la resolución impugnada, pero no con los fundamentos de la misma, temiéndose que debido a lo errado de la motivación de la resolución, la misma sea revocada por la Cámara. Discutía en ese supuesto si la defensa podía adherirse al recurso del Ministerio Público, oponiéndose a la modificación de la resolución impugnada. El asunto ha sido objeto de discusión en la doctrina, sin que haya acuerdo. Sin embargo, lo fundamental es que no se llegue a afectar el derecho de defensa que tiene el imputado y es claro que si no se le permitiera argumentar dando razones diversas a las expresadas en la resolución recurrida por el Ministerio Público,

32. En este sentido: Ayán, op. cit., pp. 153-154.

33. Confróntese, por ejemplo, con el artículo 425 del Código Procesal Penal de Costa Rica.

34. Tribunal de Casación Penal de Costa Rica, voto 337-99 del 27-8-1999. Cf. Llobet Rodríguez, Proceso penal en la jurisprudencia. San José, Editorial Jurídica Continental, 2001, T. II, p. 871. Véase también: Llobet Rodríguez, Proceso penal comentado. San José, Editorial Jurídica Continental, 2003, comentario al artículo 425; Ayán, op. cit., p. 153.

entonces se dejaría al imputado en estado de indefensión. Pareciera que la vía correcta para hacer dichas argumentaciones es al contestar el recurso de apelación, conforme el artículo 419 del Código Procesal Penal³⁵ y no a través de una adhesión, que requeriría el cumplimiento de los requisitos de un recurso, resultando que en el caso concreto falta de agravio. Téngase en cuenta que el derecho a adherirse lo tiene el que tiene derecho a recurrir, de acuerdo con el artículo 408 del Código Procesal Penal, resultando que no tiene ese derecho quien no ha sufrido un agravio, de acuerdo con el último párrafo del artículo 406 CPP. Lo anterior no impide que la posición de la defensa con respecto a los recursos lleve a que la misma juzgue conveniente la presentación de una adhesión para evitar sorpresas de parte de la Cámara y determinar el criterio que tiene la misma sobre esta temática³⁶.

Exigencia para la subsistencia de adhesión es que el recurso con respecto al cual se dio ésta no sea declarado inadmisibile³⁷. Debe reconocerse que se criticó por una de las defensoras de Cojutepeque que ello no está contemplado en el Código Procesal Penal de El Salvador, ello en el artículo 408 del Código Procesal Penal. Debe reconocerse que dicho Código solamente hace mención a que el desistimiento no perjudica a los adherentes, ello en el artículo 412 CPP, pero no hace una referencia expresa a qué sucede con la inadmisibilidad del recurso al cual se realiza la adhesión. Sin embargo, dicha inadmisibilidad es una consecuencia lógica de lo que implica la adhesión, ya que la misma implica en definitiva, como se dijo, la presentación de un recurso de manera extemporánea dentro del plazo del emplazamiento, de modo que ello sólo puede ser justificado si el recurso principal cumple con los requisitos de forma y tiempo. Del mismo artículo 408 CPP puede extraerse esta conclusión ya que se hace referencia al recurso "concedido" a la parte contraria, lo que debe entenderse que hace referencia a que en definitiva el recurso de la parte contraria sea admisible.

Sin embargo, el desistimiento que ocurra con relación al recurso principal no perjudica a los adherentes, según lo establece en forma expresa el artículo 412 del Código Procesal Penal.

Se discute si el adherente puede impugnar los mismos puntos de la resolución que el recurrente, o bien puede introducir otras censuras, con lo que se ampliaría el ámbito de competencia del tribunal en cuanto a los puntos a que se refieren los agravios. Es claro que se pueden recurrir

35. Este pareciera el criterio de Adrián Berdichevsky quien indica: "Es factible sostener que aun en los casos en los que la resolución cuestionada resulte absolutamente favorable a una de las partes, debe aceptarse la facultad de ésta última de presentarse ante la cámara de apelaciones ya sea para apoyar el pronunciamiento del juez o para mejorar los fundamentos de aquel "... en aras de preservar el derecho de defensa en juicio y la igualdad de las partes". Berdichevsky, op. cit., p. 32. Señala dicho autor que debido a que no podría alegarse un agravio concreto por el imputado y su defensor, debería permitirse que mejorara los argumentos de la resolución ante el tribunal de alzada. Cf. Berdichevsky, op. cit., p. 33.

36. Es importante anotar que algunos permiten la adhesión en tales supuestos, por ejemplo Gustavo Vivas indica: "Los motivos en que puede fundarse la adhesión no necesariamente tienen que ser agravios surgidos de la resolución, sino que bien puede que el fundamento sea mantener la situación jurídica alcanzada por el adherente con la resolución que el recurrente originario impugna; es decir el adherente 'defiende' la resolución por los propios argumentos de la resolución y/o nuevos que contribuyen a que la alzada confirme la resolución dictada por el tribunal a quo". Vivas, Gustavo, op. cit., T. II, p. 480.

37. Así: Saia Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 514-A-1990. En: RCP No. 4, pp. 81-83; Llobet Rodríguez, Proceso penal comentado, comentario al artículo 425; Ayán, op. cit., p. 156; Berdichevsky, op. cit., p. 37.

otros puntos y es normal que ello ocurra, puesto que precisamente se trata de adherirse al recurso de la parte contraria, con lo que lógicamente se mantendrán criterios diversos a los de ésta.

3. Recurso de revocatoria.

3.1. Concepto.

El recurso de revocatoria o reposición, como también es conocido, está regulado en los artículos 414-416 del Código Procesal Penal de El Salvador. Se caracteriza porque el tribunal que lo debe resolver es el mismo que dictó la resolución impugnada, y no uno superior en grado. No opera así en el recurso de revocatoria el efecto devolutivo, lo que, como se dijo antes, ha llevado a algunos a negarle el carácter de recurso³⁸.

3.2. Impugnabilidad objetiva en la revocatoria.

En cuanto a la impugnabilidad objetiva señala el artículo 414 que procede solamente en contra de las decisiones que resuelvan un trámite o incidente del procedimiento. Puede entrar en discusión qué se entiende por dichos términos. Al respecto es importante lo establecido en el artículo 129 CPP, que establece que por autos se entiende: a) la resolución que resuelve "un incidente o una cuestión interlocutoria" y b) aquella que le pone término al procedimiento. Debe estimarse que el concepto de decisiones que resuelven un incidente del procedimiento coincide con la de aquellos autos que resuelven un incidente o una cuestión interlocutoria, excluyéndose los autos que le ponen término al procedimiento, o sea los sobreseimientos. Por otro lado, se concede revocatoria en contra de la resolución que resuelva un trámite del procedimiento, concepto que coincide con el de los decretos, en cuanto el artículo 129 CPP define por tales los que sean decisiones de mero trámite.

En un sentido negativo debe decirse que en definitiva no cabe revocatoria en contra de las sentencias, que, conforme al artículo 129 CPP, son aquellas resoluciones que se dictan luego de la vista pública para dar término al juicio y también las resoluciones que le ponen término al procedimiento abreviado. Tampoco es posible la revocatoria en contra de los autos que le ponen término al procedimiento, o sea los sobreseimientos definitivos.

De acuerdo con lo anterior la revocatoria adquiere en el Código Procesal Penal de El Salvador un carácter muy amplio con respecto a las resoluciones que pueden ser impugnadas.

Se ha dicho por los encuentros con los defensores que se ha tendido, por diversos tribunales, a interpretar que la revocatoria solamente procede con respecto a las resoluciones que han sido dictadas sin audiencia previa a las partes, lo que fue también sostenido por alguna resolución de

la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. Debe reconocerse que en el Derecho Comparado latinoamericano se tiende a establecer el recurso de revocatoria solamente en contra de los autos y los decretos que se han dictado sin sustanciación, es decir sin audiencia a las partes³⁹, ya que el legislador ha partido de que la revocatoria realmente llega a tener sentido cuando una resolución se ha dictado sin haberse oído previamente a las partes, de modo que puede suceder que cuando ellas expresen su opinión oponiéndose a la resolución, el juez rectifique. Sin embargo, ese no es el criterio que se ha seguido por el Código Procesal Penal de El Salvador, el que ha adquirido el recurso de revocatoria aun con respecto a resoluciones que se hayan ordenado luego de otorgarse audiencia a las partes.

En general la regulación de la impugnabilidad objetiva en el Código sigue una estructuración diferente a la que tiene la apelación, ya que mientras la tendencia en ésta es la previsión de cada resolución impugnada por apelación en específico, en la revocatoria el Código parte de una previsión general de carácter amplio sobre las resoluciones recurribles a través de la revocatoria.

3.3. Relevancia de la revocatoria.

En general la doctrina estima que la revocatoria es un recurso sin mayor importancia, ya que es difícil que un juez que ha ordenado una resolución la vaya a revocar posteriormente ante la oposición de una de las partes. Se señala que la importancia puede existir en ocasiones cuando la resolución fue ordenada sin audiencia a las partes, ya que en ese caso el juez puede ser convencido posteriormente luego de oír razones que no había considerado al dictar la resolución. Por ello es que en general las legislaciones latinoamericanas, a diferencia de la salvadoreña, conceden solamente recurso de revocatoria en contra de las resoluciones que fueron dispuestas sin audiencia a las partes.

Por otro lado, se reconoce la importancia de la revocatoria en el juicio oral y público, en cuanto a que frente a una resolución dispuesta por el presidente del tribunal, la revocatoria lleva a que intervenga en la toma de la nueva resolución el tribunal en pleno, de conformidad con el artículo 336 del Código Procesal Penal, de modo que los otros miembros del tribunal podrían revocar la resolución⁴⁰. Téngase en cuenta además lo establecido por el artículo 348 CPP en cuanto indica que las partes podrán presentar revocatoria a las decisiones del presidente que limiten sus interrogatorios.

Se agrega a lo anterior que la revocatoria tiene relevancia para evitar que convalide una nulidad de carácter relativa, ello de conformidad con el artículo 226 del Código Procesal Penal. Ello es especialmente importante en relación con las decisiones que se tomen en lo relativo a la

38. Cf. Berdichevsky, Adrián. Reposición y apelación. En: Meier (Editor). Los recursos. Buenos Aires, Editorial del Puerto, 1999, p. 19.

39. Véase por ejemplo: artículo 434 del Código Procesal Penal de Costa Rica. Cf. Llobet Rodríguez, Javier. Proceso penal comentado, comentario al artículo 434.

40. Sobre ello: Vivas, op. cit. T. II, p. 483.

incorporación de prueba, por ejemplo con respecto a la incorporación por lectura, de conformidad con el artículo 330 CPP. Téngase además en cuenta que en la regulación del recurso de casación se prevé en el artículo 421 CPP que el recurso de casación que invoque una nulidad relativa, exige que se haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto o se haya hecho protesta de recurrir en casación.

3.4. Requisitos formales de la revocatoria.

El recurso de revocatoria en general tiene un carácter bastante informal, por lo que teóricamente no debía dar lugar a mayores problemas en cuanto a su admisibilidad formal.

Como todo recurso implica la afirmación de la voluntad de impugnar, indicándose en este caso que se presenta recurso de revocatoria, identificándose la resolución recurrida y si se hace por escrito, señalándose la causa a la que se refiere. Por supuesto que la resolución que se impugna debe causar un agravio a la parte impugnante, cual es no de los requisitos de admisibilidad, por lo que aunque no está expresamente establecido como presupuesto cuyo incumplimiento da lugar a la inadmisibilidad, es conveniente señalar el perjuicio que se causa con la resolución impugnada.

Es importante anotar que el recurso de revocatoria en principio debe ser presentado por escrito, pero que excepcionalmente se permite que sea presentado verbalmente, ello en las audiencias orales, por ejemplo en la audiencia inicial, la audiencia preliminar y el juicio oral y público. En dichas audiencias el recurso de revocatoria es presentado oralmente inmediatamente después de ordenada la resolución recurrida. Ello está regulado en diversos artículos del Código Procesal Penal de El Salvador, por ejemplo los artículos 336, 409 y 415. Se caracteriza en estos casos porque la presentación del recurso de revocatoria no suspende la audiencia, debiendo ser resuelto el mismo inmediatamente durante el transcurso de la misma, según lo prevé el artículo 409. La presentación verbal del recurso de revocatoria es lógica, ya que no se puede exigir que sea presentado por escrito, ya que ello atentaría en contra del normal desarrollo de la audiencia y exigiría una formalidad que no podría cumplir en el momento de la audiencia la parte impugnante.

De especial relevancia con respecto al recurso de revocatoria es la indicación de los puntos de la resolución impugnados, conforme al artículo 407 párrafo 1 del Código Procesal Penal, a lo que se hizo mención con anterioridad. Por otro lado, el recurso debe presentarse en forma fundamentada.

La fundamentación es en realidad la parte de más relevancia del recurso, ya que supone la expresión de las razones por las cuales la resolución impugnada es errónea, debiendo ser revocada o anulada. Es valedero aquí lo que se indica luego con respecto a fundamentación al tratarse el recurso de apelación, por lo que se remite a lo que se indica allí.

Debe tenerse en cuenta que la revocatoria debe ser presentada en el plazo de tres días, salvo cuando se tenga que presentar en una audiencia oral, ya que en tal supuesto debe hacerse inmediatamente después de tomada la resolución impugnada. En lo relativo a los problemas relativos al plazo para impugnar se remite a lo que se dice luego con respecto a la apelación.

3.5. Consejos para el recurso de revocatoria.

Como se dijo arriba, el recurso de revocatoria en realidad tiene pocas posibilidades de éxito. Genaro Carrió hace una serie de consideraciones prácticas con respecto a la revocatoria y llega a distinguir entre la revocatoria ante: a) un juez terco y obstinado, poco proclive a admitir que se ha equivocado y menos aún, a rectificarse y b) un juez razonable, comprensivo y flexible, dispuesto a entender un error y aún a rectificarlo⁴¹.

Indica que ante un juez terco "(...) es mejor que el recurrente adopte un tono respetuoso y se limite a exhortar al juez a que evite perjuicios a su parte fruto de una inadvertencia, prima facie, excusable, incurrida al dictar una providencia que se impugna, sólo concebible como consecuencia de un error material"⁴². Agrega. "El abogado que se ciña a desarrollar sin pasión argumentos racionales no llevará necesariamente todas las de perder; sus perspectivas, por poco que sea el margen de diferencia, serán mejores que las de su colega, entusiasta, ardiente y frágil. Todo depende del grado de profundidad con que están ahincados los perjuicios de nuestro imaginario juez"⁴³.

En relación con el juez razonable hace referencia Carrió a la importancia de redactar claro los escritos para que el juez entienda lo que se dice. Señala que en general debe subrayarse: "la conveniencia de guardar las buenas maneras en la redacción de los escritos judiciales. No hacerlo, ser demasiado irónicos, descomedidos, 'sobradores', agresivos, irrespetuosos, etc. No es por cierto el mejor camino para tener éxito en el campo de la argumentación forense. Esto vale de manera muy especial para el recurso de revocatoria. La razón es manifiesta: quien debe acogerlo o rechazarlo es el mismo juez que dictó la resolución que se impugna. No hace falta gran esfuerzo para demostrar que tiene mayor posibilidad de éxito un recurso de reposición fundado, digamos, en que el juez cometió un error más o menos excusable, que afortunadamente él mismo puede enmendar, que otro fundado, por ejemplo, en que el juez cometió un craso error sólo comprensible por sus pocas luces o por su imperdonable negligencia"⁴⁴.

41. Carrió, Genaro. *Cómo fundar un recurso*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pp. 38-39.

42. Carrió, op. cit., p. 40.

43. Carrió, op. cit., p. 43.

44. Carrió, op. cit., p. 43.

Todas estas afirmaciones deben estimarse como válidas tanto para lo que se llama el juez terco, como también para lo que se denomina el juez razonable.

3.6 Revocatoria con apelación en subsidio.

Según se ha señalado, uno de los aspectos que ha dado lugar a mayores discusiones en relación con el recurso de revocatoria, es la presentación en subsidio de la apelación, conforme a lo establecido por el artículo 416 del Código Procesal Penal. Establece dicho artículo: *"La resolución que recaiga causará ejecutoria, a menos que el recurso haya sido interpuesto, en el mismo momento y en forma, con el de apelación subsidiaria"...*

Lo anterior significa que cuando se pretende presentar revocatoria y apelación, ambos recursos deben ser presentados "en el mismo momento", de modo que si se presentó solamente revocatoria, pero no apelación, entonces la resolución se encontrará firme, sin que sea posible presentar con posterioridad la apelación. Como ha sido entendido en general en Latinoamérica la revocatoria con apelación en subsidio significa que debe expresarse solamente una vez la manifestación de voluntad de recurrir, indicándose que se presenta revocatoria con apelación en subsidio, de manera que si la revocatoria es declarada sin lugar, entonces el juez *a quo* debe remitir el asunto al superior para que resuelva la apelación, sin que sea necesaria una nueva expresión de la voluntad de impugnar por el recurrente.

La discusión se ha presentado en El Salvador con respecto a la revocatoria que se presenta verbalmente en contra de la resolución ordenada luego de la realización de la audiencia inicial o la audiencia preliminar, por ejemplo se ordenó por el juez la detención provisional y se presenta revocatoria verbalmente en contra de la resolución comunicada oralmente al finalizar la audiencia inicial o preliminar. Ello ha planteado el problema con respecto a la apelación en subsidio, en particular porque el artículo 416 CPP señala que debe haberse presentado en tiempo y forma la apelación subsidiaria, resultando que el Código establece como requisito de la apelación el que la firma sea formulada por escrito, ello de conformidad con el artículo 418 del Código Procesal Penal. Se señala que algunas Cámaras han declarado inadmisibles la apelación en tales supuestos, ya que no fue formulada conjuntamente con la revocatoria verbal.

En el caso de la defensa técnica es importante anotar que debe conocer la misma la jurisprudencia de la Cámara ante la que actúa para evitar llevarse sorpresas, de modo que en el caso de que la misma estime que es inadmisibles la apelación en subsidio cuando no se presentó la apelación por escrito al lado de la revocatoria verbal, debe el defensor ante la imposibilidad de cumplir con dicho requisito, sacrificar en realidad la presentación de la revocatoria, recurso de todas maneras poco relevante, presentando posteriormente solo el de apelación por escrito.

De todas maneras debo aclarar que el criterio que sostengo yo es más bien que en contra de la resolución que se comunica verbalmente luego de la audiencia inicial o preliminar, en realidad no procede una revocatoria verbal, sino una revocatoria por escrito, ya que en realidad ya habría terminado la audiencia, como queda claro en la regulación de la audiencia preliminar, que en su artículo 320 establece que la resolución se ordena "inmediatamente después de finalizar la audiencia (...)". Así finalizada la audiencia, no procede la revocatoria verbal, puesto que ésta está prevista para las audiencias, teniendo por razón no impedir el normal desarrollo de la audiencia, lo que deja de tener sentido una vez finalizada la audiencia. La regulación de la audiencia inicial, en el artículo 256 del Código Procesal Penal, no establece expresamente que la resolución se dicta luego de finalizada la audiencia, pero debe aplicarse el mismo criterio que rige con respecto a la audiencia preliminar.

Es importante anotar que cuando se presenta recurso de revocatoria con apelación subsidiaria, la resolución impugnada no se puede ejecutar mientras no se resuelvan ambos recursos, es decir mientras no se haya declarado sin lugar la revocatoria y también haya ocurrido lo mismo con la apelación subsidiaria⁴⁵, ello salvo los supuestos de excepción en que la ley establece que no opera el efecto suspensivo con respecto a una resolución determinada.

4. El recurso de apelación.

4.1. Concepto.

El recurso de apelación se caracteriza en primer lugar porque opera el efecto devolutivo, de modo que el que resuelve es un tribunal de grado superior que el que ordenó la resolución recurrida. De gran relevancia es además la gran amplitud que tiene el recurso de apelación, ya que es posible impugnar una resolución que contenga errores sobre la reconstrucción histórica del hecho objeto de análisis o que contenga un vicio en la actividad desarrollada por el juez de conformidad con la normativa procesal⁴⁶.

La amplitud de la apelación lleva a que se pueda discutir los hechos y la valoración de la prueba, lo mismo que los vicios de carácter procesal. Se diferencia del recurso de casación, en que esta tiene los motivos establecidos en forma taxativa y no permite esta amplitud de la discusión sobre los hechos y la prueba, sino en esta se controla solamente en cuanto haya falta de fundamentación o un vicio lógico en la misma (quebranto a la sana crítica).

45. Sobre ello: Vivas, op. cit., T. II, p. 494.

46. Sobre la amplitud del recurso de apelación: Bardichevsky, op. cit., p. 26. Indica Vivas sobre la amplitud de la apelación que con respecto a éste "(...) la ley contiene previsiones genéricas de arbitrariedad -no individualizadas de antemano por el legislador como 'motivos' para recurrir, predeterminados taxativamente como *numerus clausus*- que se concretan sólo con el planteo que haga el recurrente de sus agravios, de modo que se pueden controlar todos los extremos fácticos y jurídicos, de la cuestión resuelta". Vivas, Gustavo, op. cit., T. II, p. 453.

4.2. Recurso de apelación e impugnación de la sentencia condenatoria.

El Código Procesal Penal de El Salvador, siguiendo al Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988, se caracteriza porque en contra de la sentencia condenatoria solamente es posible el recurso de casación, pero no el de apelación. Debe tenerse en cuenta que desde hace muchos años ha existido una discusión acerca de si el recurso de casación satisface la exigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece en el artículo 8 inciso h) el derecho a impugnar la sentencia condenatoria.

Es importante anotar que en un proceso escrito no existen mayores problemas para la regulación del recurso de apelación. La discusión en Latinoamérica ha sido acerca de las dificultades de establecer un recurso de apelación en contra de la sentencia condenatoria dictada con base en el juicio oral y público, ello debido a la vigencia en el mismo del principio de inmediación. El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica hizo una extensa fundamentación acerca de la improcedencia de un recurso de apelación en contra de la sentencia condenatoria, estimando que era suficiente la previsión de un recurso de casación para satisfacer las exigencias de la Convención Americana, para lo cual se partió de que la misma no previó qué tipo de recurso debía preverse en contra de la sentencia condenatoria.

Hoy día esta posición ha sido puesta en entredicho, debido a lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 2 de julio de 2004 (Caso Mauricio Herrera contra Costa Rica). En dicha resolución se estableció que el recurso de casación contemplado en la legislación costarricense, que debe indicarse que en general coincide con el previsto en El Salvador, es insuficiente para garantizar el derecho a recurrir la sentencia condenatoria.

Se señaló que el recurso de casación lleva a un análisis sobre aspectos meramente formales. Se indicó además que el recurso de casación no permite un examen integral de los hechos y la prueba. Sin embargo, se dijo que los estados tienen un margen de apreciación para regular el derecho a recurrir la sentencia condenatoria. A continuación otorgó un plazo razonable para que Costa Rica modifique su regulación sobre el recurso en contra de la sentencia condenatoria, adecuándola a los requerimientos de la Convención Americana.

Es importante anotar que los alcances de la resolución de la Corte Interamericana no son aún claros. Por un lado, la referencia a la necesidad de que se permita un análisis integral de los hechos y de la prueba parece acercarse a la previsión de un recurso de apelación. Sin embargo, la Corte Interamericana no señala en ningún momento en forma expresa que debe preverse un recurso de apelación y más bien indica que los estados tienen un margen de apreciación para regular el recurso, siempre que se cumpla con los requerimientos de la Convención.

Sin duda la resolución no solamente tiene relevancia con respecto a Costa Rica, sino también para los otros países que han seguido los

lineamientos del Código Modelo para Iberoamérica de 1988, entre ellos El Salvador, de modo que si el recurso de casación costarricense no cumple con los requerimientos de la Convención, tampoco los cumple el salvadoreño. Téngase en cuenta incluso que el recurso costarricense tradicionalmente ha sido mucho menos formalista que el salvadoreño.

4.3. Apelación e impugnabilidad objetiva.

El Código Procesal Penal de El Salvador establece que solamente pueden ser impugnadas por medio del recurso de apelación resoluciones de los jueces de paz y de los jueces de instrucción, con lo que se excluye las resoluciones de los jueces de sentencia. Ya se hizo mención antes a que una de las características del Código Procesal Penal de El Salvador es que no permite el recurso de apelación en contra de la sentencia que se ordena luego de la realización del juicio oral y público.

Es importante anotar que aunque se contempla el recurso de apelación, uno de los principios que inspiran al Código Procesal Penal de El Salvador es la limitación de las resoluciones que pueden ser impugnadas por dicho recurso, ya que se pretende una mayor agilidad del procedimiento, considerándose que el establecimiento indiscriminado del recurso de apelación en contra de las resoluciones de los jueces de paz y de instrucción llevaría a graves demoras. Sin embargo, por otro lado, se considera que se hace necesaria la regulación del recurso de apelación para evitar perjuicios de carácter irreparable. En particular destaca desde la perspectiva de la defensa el derecho a apelar la detención provisional, lo mismo que las medidas sustitutivas, conforme al artículo 304 del Código Procesal Penal. Dicha impugnación tiene gran relevancia debido a la gran duración que puede llegar a tener la detención provisional, aun con los límites establecidos por el artículo 6 del Código Procesal Penal, de modo que se causará un grave perjuicio para el imputado si se le mantiene privado de libertad injustificadamente hasta que se llegue al dictado de la sentencia del juicio oral y público.

Desde la perspectiva del Ministerio Público, tiene especial importancia la apelación de la sentencia de sobreseimiento definitivo, conforme al artículo 312 CPP, debido a que una vez firme produce cosa juzgada material. Por otro lado, para el Ministerio Público puede tener también relevancia la apelación de la resolución que denegó la detención provisional, ello de acuerdo con el artículo 304 del Código Procesal Penal.

El Código Procesal Penal salvadoreño establece expresamente numerosas resoluciones como impugnables a través de un recurso de apelación:

a) El artículo 13 inciso 5 contempla el derecho de la víctima a impugnar las resoluciones favorables al imputado, aunque no haya intervenido en el procedimiento. Debe entenderse que este derecho a impugnar abarca el derecho a apelar, aunque ello puede ser objeto de discusión. Debido a lo poco claro de la norma puede ser objeto de reclamo por la defensa, la que puede reclamar que se conceda solamente la revocatoria de la víctima, pero no la apelación;

b) El artículo 23 dispone que la suspensión del procedimiento a prueba es inapelable, salvo para el imputado, cuando las reglas, sean ilegítimas, afecten su dignidad o sean excesivas;

c) El artículo 104 establece que la resolución que decreta el abandono de la querrela es apelable. No queda claro si la que rechaza el abandono de la querrela es apelable. Literalmente habría que concluir que no, aunque la defensa puede intentar discutir el aspecto, que no es claro;

d) El artículo 225 dispone que la resolución que declara una nulidad absoluta es apelable. No se contempla ello en relación con las resoluciones que rechazan una nulidad absoluta, lo que puede ser justificable con base en que podría presentarse de nuevo el reclamo con posterioridad, por ejemplo ante el tribunal de sentencia o ante casación. Sin embargo, aquí tampoco hay claridad en la regulación legal, de modo que podría intentarse por la defensa un recurso de apelación si se le rechazara el reclamo de nulidad.

e) El artículo 257 indica que cabe recurso de apelación en contra de las resoluciones que decreten la desestimación, el sobreseimiento definitivo, la detención provisional o el embargo.

f) El artículo 284 establece el recurso de apelación en contra de la resolución que resuelve una excepción. Se trata de una norma muy relevante para la defensa, ello en particular cuando la defensa ha alegado una excepción de falta de acción, la extinción de la acción penal o la cosa juzgada.

g) El artículo 304 dispone que cabe recurso de apelación en contra de la detención provisional, la internación provisional o una medida sustitutiva, o la deniegue. Debe tenerse en cuenta que desde la perspectiva de la defensa, la orden de la detención provisional es la resolución que tiene mayor relevancia desde la perspectiva de su impugnación por la defensa del imputado.

h) El artículo 312 contempla el recurso de apelación en contra del sobreseimiento definitivo y el provisional. Desde el punto de vista de la defensa en particular puede ser relevante la impugnación del sobreseimiento provisional, ello cuando se reclama que lo que corresponde es el dictado de un sobreseimiento definitivo;

j) El artículo 395 regula la apelación de la sentencia del juez de paz que resuelva sobre una falta. Se establece expresamente que el fiscal solicitante no podrá recurrir;

k) El artículo 452 prevé que la liquidación de costas es apelable;

l) La reforma al artículo 417 del Código Procesal Penal estableció una clausura general con respecto a la apelación, que se agrega a la regulación específica que a lo largo del Código se establece con respecto a determinadas resoluciones. Así se establece que tienen apelación los autos que pongan fin a la acción o imposibiliten su continuación. En lo relativo a los autos que pongan fin a la acción hay que acudir al sobreseimiento definitivo, el que de todas maneras es establecido específicamente como impugnabile a través de la apelación. En lo atinente a los autos que imposibilitan la continuación de la acción, debe mencionarse el acuerdo conciliatorio, contemplado en el artículo 32 del Código Procesal Penal.

Además debe mencionarse la declaratoria de la inexistencia de instancia privada en los delitos de acción pública, lo que de todas maneras está previsto como impugnabile, por implicar la declaratoria de una nulidad absoluta, ello de acuerdo con el artículo 225 del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 224 inciso 3. Discutible es la suspensión condicional del procedimiento, puesto que la misma impide que continúe la persecución penal. Sin embargo, el conceder la apelación en contra de la suspensión condicional del procedimiento va en contra de lo establecido expresamente en el artículo 23 del Código Procesal Penal, que establece que la suspensión es inapelable, salvo para el imputado, cuando las reglas sean ilegítimas, afecten su dignidad o sean excesivas. Pareciera que siendo dicha norma especial, debe imperar sobre lo contemplado en el artículo 417, de modo que la suspensión condicional del procedimiento es inapelable, salvo por el imputado cuando las reglas sean ilegítimas, afecten su dignidad o sean excesivas.

4.4. Requisitos formales de interposición de la apelación.

Como se señaló, el recurso de apelación en realidad es un recurso bastante informal, por lo que no debería dar mayores problemas en cuanto al cumplimiento de sus requisitos formales. Sin embargo, debe reconocerse que aparentemente esa no ha sido la práctica de las cámaras de apelación salvadoreñas, las que sin que exista un criterio uniforme entre ellas, han aplicado aspectos formales para declarar inadmisibles recursos de apelación. Debe reconocerse que desde la perspectiva de la defensa técnica del imputado, es importante el conocimiento de la práctica jurisprudencial de la cámara ante la que actúa, ello para evitar disgustos, ante formalidades que la misma ordena cumplir. Así de nada valdría desde la perspectiva del éxito de la defensa técnica en sus alegatos, lo que debe guiar las actuaciones de la defensa, que se reclame que la cámara exige requisitos excesivos, si al final de cuentas la decisión la toma dicha cámara, la que de no cumplir con esos requisitos declara inadmisibile el recurso.

En cuanto a los requisitos contemplados expresamente en la ley debe decirse que el artículo 418 del Código Procesal Penal de El Salvador exige:

- a) Debe ser formulado por escrito y no verbalmente;
- b) Debe ser fundado, es decir deben indicarse las razones por las cuales la resolución impugnada es errada y debe ser modificada o anulada,
- c) Debe ser presentado ante el juez que dictó la resolución,
- d) Si se ofrece prueba, debe indicarse en el escrito,
- e) Debe ser presentado en el plazo de cinco días,
- f) Deben indicarse específicamente los puntos de la resolución que son impugnados, conforme al artículo 407 CPP que regula las reglas de interposición de los recursos, a lo que se hizo mención antes.

Se hace necesario que el recurso de apelación, al igual que el recurso de revocatoria que se presenta por escrito, sea debidamente

firmado 47.

Igualmente debe indicarse el lugar para oír notificaciones cuando el tribunal de segunda instancia tenga su sede en lugar distinto del de radicación del procedimiento, conforme lo establece el artículo 418 párrafo 2 del Código Procesal Penal. En caso de que el juzgado que dictó la resolución recurrida y el tribunal de segunda instancia tengan su sede en el mismo lugar, no es necesario que se indique el lugar para oír notificaciones, ya que al respecto regirá el que consta en el expediente, ello conforme al primer párrafo del artículo 145 del Código Procesal Penal. La no indicación del lugar para oír notificaciones en el supuesto exigido en el artículo 418 CPP, de acuerdo con mi criterio, no debería dar lugar a la inadmisibilidad del recurso, sino a que las resoluciones que se dicten en alzada se tengan por notificadas por el transcurso de las veinticuatro horas siguientes a su dictado, ello de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 145 del Código Procesal Penal. Para llegar a esta interpretación debe tenerse en cuenta el sentido que tiene el señalamiento para oír notificaciones, que modo que la ausencia del mismo debe tener implicaciones con respecto a la notificación, pero no en lo relativo al acto impugnativo.

Estas son las formalidades que expresamente están previstas en el Código Procesal Penal, pero debe tenerse en cuenta además que el recurso debe indicar la resolución impugnada y la causa a la que se refiere, lo mismo que la voluntad de impugnar, expresada en la apelación a través de la expresión de que se apela o se presenta apelación.

Además, aunque no se contempla expresamente, se exige en la práctica también la referencia a los agravios sufridos a través de la resolución, ello de acuerdo con el artículo 407 del Código Procesal Penal. De gran relevancia es también la expresión de la petición que se formula a través del recurso, lo que tiene relación también con los agravios sufridos, puesto que la petición debe tener, en definitiva, una relación con los agravios, por ejemplo la petición de que sea revocada la detención provisional y se ordene la libertad del imputado, no es sino una consecuencia del agravio sufrido a través de la detención provisional, que es la privación de libertad.

Igualmente una impugnación del sobreseimiento provisional por parte de la defensa coherentemente para ser admisible, debería llevar a reclamar que lo que procede es el dictado del sobreseimiento definitivo. Precisamente el agravio que se sufre a través del sobreseimiento provisional es que se ordenó a pesar de que procedía ordenar el sobreseimiento definitivo, manteniendo con ello abierta la posibilidad de que se ordene la reapertura de la instrucción, con el consiguiente estado de inseguridad jurídica para el imputado.

Así un desarrollo de los requisitos formales del recurso de apelación, de acuerdo con un orden lógico sería:

a) Identificación de la impugnabilidad:

1) Subjetiva. En qué calidad se impugna, por ej. defensor del imputado,

47. Señala Vivas: "Es consustancial a la existencia del acto que esté firmado por el sujeto que lo interpone. La firma es un acto esencial del escrito judicial, sin el cual el acto no existiría". Vivas, Gustavo, op. cit., T. II, p. 481.

2) Objetiva. Identificación de la resolución impugnada, por ej. en cuanto ordenó la detención provisional sin que haya probabilidad de la responsabilidad. Recurso que se presenta ("apelo"). Norma que autoriza (Art. 304 CPP).

b) Agravio. Ej. Restricción de la libertad por la detención.

c) Deben señalarse los puntos de la resolución impugnados. Por ejemplo si se combate la detención provisional, la apelación puede estar dirigida en contra de la existencia de la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado (Art. 292 inciso 1 CPP), en contra de que opere en el caso una causa de detención provisional (Art. 292 inciso 2 y 293 CPP), en contra de que no se ordene la detención provisional por una medida menos gravosa (Art. 294 CPP) o bien reclamarse que la resolución irrespetó el principio de proporcionalidad (Art. 297 incisos 2 y 3 CPP).

d) Fundamentos de la impugnación: Es decir las razones por las que la resolución es errónea y debe ser modificada. Se trata de la parte de más relevancia de la impugnación y en ella se expresan las razones de fondo contra la resolución recurrida.

e) Petición: Lo que se pide, por ej. La modificación o anulación. Resolución que se pide que se disponga, por ejemplo que se revoque la detención provisional y se disponga la libertad. Es importante, como se dijo, la congruencia que debe existir entre la petición y el agravio sufrido. Por otro lado, debe destacarse que la petición debe tener una relación con la resolución que se declara impugnada como apelable. Así la apelación de la detención provisional tiene como petición natural que se revoque la misma o se ordenen medidas sustitutivas, pero no propiamente que se revoque el auto que ordenó la instrucción y se disponga el sobreseimiento, ello a pesar de que puede ser discutible, e incluso es recomendable que la defensa lo alegue, si por razones de economía procesal en caso de que prospere la apelación en contra de la detención provisional, por no existir elementos suficientes para considerar como probable la responsabilidad penal del imputado (Art. 292 inciso 1 del Código Procesal Penal), esto puede dar lugar a que ese juicio valorativo sobre la prueba sea congruente con un sobreseimiento definitivo o provisional, de modo que pueda ordenarse una de dichas resoluciones, pero ello como un aspecto adicional.

4.5. Problemas del plazo para impugnar.

Se establece en el artículo 418 del Código Procesal Penal que la apelación debe ser presentada en el plazo ⁴⁸ de cinco días ante el mismo tribunal que dictó la resolución.

48. Se utilizan aquí indistintamente las palabras "plazos" y "términos", a pesar de que algunos han propuesto una distinción entre ambos. Así indica Niceto Alcalá y Zamora que generalmente los códigos procesales hispánicos emplean la palabra término como sinónimo de plazo, lo que es incorrecto. "El plazo encierra un período de tiempo, generalmente de días, pero también mayor (meses o años) y a veces menor (horas e inclusive minutos), a todo lo largo del cual, desde el día a quo hasta el día ad quem — aunque mejor sería hablar de momento inicial y final (o bien de apertura y de clausura), con objeto de poder extender la idea a los inferiores a un día—, se puede realizar válidamente la actividad procesal correspondiente; el término, en cambio, significa tan solo el punto de tiempo para el comienzo de un determinado acto: celebración de una audiencia, comparecencia de un testigo, práctica de un remate, reunión de una junta de acreedores, comienzo de un deslinde, etcétera". Alcalá Zamora, N.: Cuestiones de terminología procesal, México, Universidad Autónoma de México, 1972, pp. 181-182. El Código de El Salvador utiliza preferentemente en los artículos 155-182 la palabra "términos", pero no debe de hacer mención a la palabra "plazos" como sinónimo, lo que ocurre, por ejemplo en el artículo 155.

El plazo para impugnar da lugar a diversas discusiones. En primer lugar se discute si la regla es que los términos sean comunes o que son individuales, es decir si el plazo para impugnar corre a partir de la última notificación o de la respectiva notificación.

Al respecto el artículo 155 del Código Procesal Penal señala que los plazos: "(...) correrán desde que comienza el día siguiente a aquél en que se efectuó la notificación y vencerán a las veinticuatro horas del día final". Se agrega en el párrafo siguiente: "Si son comunes comenzarán a correr desde la última notificación que se practique a los interesados".

La doctrina argentina comentando una regulación similar ha concluido que la regla es que los plazos son individuales, mientras que la excepción es que son comunes, lo anterior ya que el Código hace una referencia general primero a cómo corren los plazos, haciendo mención a la notificación realizada, resultando que la referencia luego a los plazos comunes es establecida como excepción a la regla general.

En el caso tanto de la revocatoria como de la apelación, no se hace ninguna referencia a que el plazo para impugnar sea común, por lo que rige la regla general que parte de que el plazo es individual.

Lo anterior tiene como implicación que el plazo para presentar apelación o revocatoria por la defensa, rige en general a partir del día siguiente de la notificación que se le hizo, aun cuando el Ministerio Público haya sido notificado con anterioridad.

Esto tiene consecuencias con respecto a la solicitud de aclaración o adición, contemplada en el artículo 132 del Código Procesal Penal, ya que si se parte de que la regla es que los términos son individuales, la solicitud de adición o aclaración presentada por el Ministerio Público suspende el plazo para recurrir del mismo, pero no el de la defensa.

Con respecto a los términos, el artículo que ha dado lugar a polémica en cuanto a su interpretación, según se indicó por los diferentes defensores públicos, es el 157 del Código Procesal Penal, que dice que "(...) los términos establecidos en relación a la libertad del imputado, lo serán en días continuos y en tal razón no podrán ser prorrogados y se contarán los de asueto, descanso semanal y días inhábiles".

Se señala que algunas cámaras de apelación interpretan que el plazo para recurrir de la resolución, que dispone la detención provisional del imputado, corre aun durante los días de asueto, descanso semanal y días inhábiles, ello en relación con lo dispuesto en los artículos 156 y 157 del Código Procesal Penal. Esta interpretación tiene como consecuencia que se acorta el plazo para presentar la apelación por parte de la defensa.

Mi criterio es, por el contrario, que el artículo 157 del Código Procesal Penal no se refiere al plazo para recurrir en asuntos en que se hubiera dictado la detención provisional, sino hace referencia al término de la detención provisional, previsto en el artículo 6, al término de 72 horas de la detención administrativa, contemplado en el artículo 289 CPP, lo mismo que al término de 72 horas de la detención por el término para inquirir, de acuerdo al artículo 291CPP. Este ha sido el criterio que se ha sostenido en Costa Rica, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina,

ello con respecto al artículo 168 del Código Procesal Penal de ese país, que tiene una redacción muy similar al artículo 157 del Código Procesal Penal de El Salvador. Señala el Código costarricense que: "(...) en los plazos establecidos en protección de la libertad del imputado, contarán los días naturales y no podrán ser prorrogados"⁴⁹.

Esos son precisamente supuestos en los que se establece un término "en relación con la libertad del imputado" (Art. 157). El plazo para presentar la apelación no es propiamente relacionado con la libertad del imputado, sino se trata de un término para impugnar la resolución, aun cuando la misma esté relacionada con la privación de libertad del imputado, ordenada a través de la detención provisional.

Es claro que un menor plazo para impugnar la detención provisional perjudica el ejercicio del derecho de defensa del imputado, ya que el mismo y su defensor verán reducido el tiempo para estudiar los autos y preparar el escrito de apelación. Por ello no tiene sentido de que una norma establecida a favor del imputado, llegue en definitiva a ser interpretada en su perjuicio, restringiéndose su derecho de defensa (Véase el artículo 16 del Código Procesal Penal). Por supuesto que el imputado y su defensa, si quieren una pronta resolución del asunto, debido al gravamen que supone la privación de libertad por el imputado, pueden consentir la abreviación, mediante manifestación expresa, de acuerdo con el artículo 159 del Código Procesal Penal.

Según se me ha informado, las dos interpretaciones arriba indicadas del artículo 157 del Código Procesal Penal, han sido sostenidas por las cámaras de apelaciones, lo que por supuesto lleva a la defensa a un estado de inseguridad jurídica. Fundamental al respecto, independientemente de lo que explique como la interpretación que estimo más razonable, es necesario que el defensor tenga en cuenta la jurisprudencia de la cámara ante la que actúa, ello para no llevarse sorpresas, de modo que si la misma estima que el cómputo del plazo para presentar apelación en contra de la detención provisional corre de manera continua, lo correcto —si no quiere fracasar con la interposición de su recurso y que el mismo sea declarado inadmisibles—, es que se ajuste al criterio de la cámara. Incluso debe afirmarse que cuando se tengan dudas sobre el criterio de la misma o bien no se sabe aún cuál es la posición de la cámara, que se cuenten el plazo como continuo, posición que llevará en definitiva a evitar toda posible sorpresa con la resolución de la cámara e impedirá en todo caso que su recurso sea declarado inadmisibles por extemporáneo.

4.6. Requisitos de fondo de la apelación.

El artículo 407 párrafo 2 del Código Procesal Penal de El Salvador, hace referencia a los defectos de forma y de fondo de un recurso. Según

49. Cf. Llobet Rodríguez, Javier. Proceso penal comentado, comentario al artículo 168. Se señala allí: "Esto tiene importancia con respecto al plazo de veinticuatro horas de presentar ante la autoridad jurisdiccional al imputado aprehendido (Art. 235 penúltimo párrafo C.P.P.) o detenido (Art. 237 último párrafo). También tiene relevancia en relación con el plazo máximo de la prisión preventiva (Art. 257 último párrafo C.P.P.) y su prórroga (Art. 258 C.P.P.)"

se me ha indicado, el mayor problema que se presenta para la defensa no es propiamente el cumplimiento de los requisitos de forma, sino más bien de los requisitos de fondo, existiendo dificultades para su identificación.

Cuando se hace referencia a los aspectos de fondo del recurso, se está haciendo mención al contenido de la fundamentación que se hace con respecto al recurso presentado. El aspecto fundamental de la impugnación es propiamente la fundamentación de la misma, a la que hace mención el artículo 418 CPP, ya que de acuerdo con ella en definitiva se llegará a confirmar o a revocar la resolución impugnada. Debe tenerse en cuenta además que esa fundamentación tiene una relación estrecha tanto con respecto a los agravios como con la petición, de modo que debe existir una congruencia entre todos estos aspectos de la impugnación, que lleva incluso a que en un sentido amplio la formulación de los agravios y la petición formen parte de la fundamentación.

Ya se señaló con anterioridad, que la fundamentación implica dar las razones por las cuales la resolución impugnada es errada y debe ser revocada o anulada. Debe tenerse en cuenta que las razones que se dan con respecto al yerro de la resolución tienen relación con dicha resolución, de modo que, por ejemplo, las razones de fondo que en definitiva se expresan en contra de una detención provisional son muy diversas de aquellas que se expresan en contra de la declaratoria sin lugar de una excepción. Ello implica que el recurrente debe tener muy claro los presupuestos en que debe basarse la resolución impugnada, ello para combatir que no se tuvieron en cuenta en el caso concreto.

Así en relación con la detención provisional, debe indicarse que se prevén una serie de presupuestos materiales para su dictado. Se distingue en general por la doctrina tres presupuestos materiales:

a) La existencia de elementos suficientes para sostener razonablemente con probabilidad que el imputado es autor o partícipe de un hecho delictivo (Art. 292 inciso 1 del Código Procesal Penal). El artículo 293 del Código Procesal Penal de El Salvador, en su último párrafo, señala que el requisito de la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado, es con probabilidad, autor o partícipe, no rige con respecto a las causales de: a) incomparecencia del imputado sin motivo legítimo a la primera citación o cada vez que el tribunal lo estime necesario y b) cuando existe peligro de obstaculización. Esa regulación debe estimarse que es contraria al principio de proporcionalidad, conforme al cual es intolerable que se ordene la detención provisional de una persona con respecto a la cual no pueda esperarse razonablemente con grado de probabilidad que va a ser condenada y que se le impondrá una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo. Ello se expresa, por ejemplo, en el inciso 2 del artículo 297 del Código Procesal Penal, que ordena que la detención provisional cese *"cuando su duración supere o equivalga a la condena que se espera, considerando incluso, la aplicación de reglas relativas a la suspensión o remisión de la pena o a la libertad condicional"*. Por ello con base en ese artículo debe interpretarse que no puede ordenarse la detención provisional tampoco en los supuestos establecidos en el

artículo 293 incisos 1 y 2 del Código Procesal Penal, cuando no pueda esperarse el dictado de una sentencia condenatoria, que implicará la privación de libertad efectiva. Ello debe llevar a que en definitiva en todos los supuestos de detención provisional debe ser de aplicación efectiva el artículo 292 inciso 1 del Código Procesal Penal. Téngase en cuenta además que no hay ninguna razón para excluir los supuestos de los incisos 1 y 2 del artículo 293 con respecto a ese requisito. Además debe agregarse que la exigencia de la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado en general ha sido considerada una exigencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así está establecida expresamente en el artículo 5 1 c) de la Convención Europea de Derechos Humanos, en el principio 3 de la Recomendación No. R (80) 11 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa. No se prevé en forma expresa en la CADH ni en el PIDCP la sospecha suficiente (o bien fundada) de culpabilidad como requisito para la prisión preventiva, aunque ello puede deducirse de la prohibición de las detenciones arbitrarias⁵⁰. Además la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo mención a dicho requisito de la detención provisional en el informe 2/97 del 11 de marzo de 1997.

b) La existencia de una causa de detención provisional, contemplándose en El Salvador: 1) la pena superior a tres años, 2) la alarma social, 3) la frecuencia con que se cometen hechos análogos, 4) la incomparecencia sin motivo legítimo a la primera citación o cada vez que el tribunal lo estime como necesario, 5) el peligro de obstaculización, 6) el peligro de reiteración delictiva y 7) el incumplimiento de las condiciones impuestas por las medidas sustitutivas de la detención provisional (Arts. 292 inciso 2 y 293 CPP).

c) El respeto al principio de proporcionalidad. Esto implica: 1) la detención provisional debe guardar proporción con la pena esperada, no debiendo ordenarse cuando no se espera la ejecución efectiva de una pena privativa de libertad (Arts. 6 y 297. 2 CPP), 2) la detención provisional debe tener carácter excepcional y disponerse como última medida, de modo que debe procederse en lo posible a sustituirla por una medida menos gravosa (Art. 294 CPP).

La legislación salvadoreña se caracteriza por lo problemático de su regulación de las causas de detención provisional, en lo que se apartó del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988⁵¹, que establecía solamente las causales de peligro concreto de fuga y de obstaculización como compatibles con la presunción de inocencia, que es el criterio en general de la doctrina latinoamericana, que ha rechazado

50. Así: Bovino, Alberto. Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, p. 158; Lobet Rodríguez, Javier. La detención provisional en la justicia penal juvenil. En: Tiffer Sotomayor, Carlos/Lobet Rodríguez, Javier/Dünkel, Frieder. Derecho Penal Juvenil. San José, UNICEF/DAAD, 2002, pp. 211-212.

51. Lobet Rodríguez, J. La prisión preventiva en el nuevo Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (en comparación con el Derecho alemán). En: Derechos Fundamentales y Justicia Penal. Edmundo Vásquez Martínez Liber Amicorum (Editor: LANUD). San José, Editorial Juricentro, 1992, pp. 597-607. La Corte Interamericana en el caso Suárez Rosero en sentencia del 12 de noviembre de 1997 admitió con respecto a la detención provisional solamente el peligro de fuga y de obstaculización, ello al hacer mención a los fines de la misma. Dijo: "77. Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva (...)".

causas previstas en El Salvador como la alarma social, la frecuencia de hechos análogos y el peligro de reiteración como causas de detención provisional.

La regulación de El Salvador de las causas de detención provisional en general da poco margen para la defensa en cuanto a reclamos en contra de las mismas, no sólo por el dictado de la detención provisional con respecto a delitos con pena superior a tres años, sino también por la ambigüedad de causas como la alarma social, asociada en general a la difusión que ha tenido el hecho a través de los medios de comunicación, lo que es ajeno al asunto y expresa un criterio de prevención general incompatible con la presunción de inocencia⁵². Sin embargo, podría llegarse a discutir por la defensa si en hechos de poca gravedad, especialmente aquellos con pena no superior a tres años, puede afirmarse la existencia de alarma.

El peligro de reiteración también es problemático, debido a su difícil pronóstico y los fines preventivos especiales que se persiguen, propios de una pena, pero no de una medida cautelar⁵³. Usualmente la jurisprudencia se ha basado en la existencia de condenas anteriores o de procesos pendientes en contra del imputado, de análoga naturaleza, para afirmar el peligro de reiteración, pero como se dijo, esa es una base poco firme para un pronóstico de peligrosidad.

Es importante anotar que el requisito material que le da un mayor margen de discusión a la defensa, en cuanto a dar sustento a una impugnación, es la existencia de la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado, a la que hace mención el artículo 292 inciso 1 del Código Procesal Penal. En general, la doctrina entiende que la probabilidad hace referencia desde el punto de vista probatorio que tienen mayor peso los elementos probatorios que incriminan al imputado que aquellos que actúan en descargo de éste. Debe tenerse en cuenta que la exigencia de la probabilidad de la responsabilidad del imputado permite una amplia

52. Véase: Lobet Rodríguez. La prisión preventiva (límites constitucionales), p.179, nota al pie 547, en donde se cita abundante doctrina que rechaza que la detención provisional pueda ordenarse para evitar escándalos o ante la alarma

53. Cf. Lobet Rodríguez, J. El art. 417 inciso 2 del Código de Procedimiento Penal colombiano y la presunción de inocencia (a la luz de la doctrina alemana). En: Nuevo Foro Penal (Colombia), No. 58, 1992, pp. 517-527. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en diversas resoluciones se ha ocupado del peligro de reiteración delictiva, siendo su último pronunciamiento en contra de la misma. Así en el informe 77/02 del 27 de diciembre del 2002 (Caso 11.506), basándose en lo dicho por la Corte Interamericana en el caso Suárez Rosero, la Comisión Interamericana en forma expresa se hizo referencia a las causas de peligro de fuga y de obstaculización como supuestos que autorizan el dictado de la prisión preventiva, pronunciándose en contra de la causa de peligro de reiteración delictiva. Dijo: "56. La exigencia que impone la Convención Americana es que únicamente se recurra a la prisión preventiva para garantizar el proceso, esto es, que el único fin de la misma es garantizar las actuaciones procesales, como la preservación de evidencia o asegurar la presencia del acusado en todas las actuaciones, siempre que los mismos objetivos no puedan alcanzarse por cualquier otro medio menos restrictivo. Siendo la garantía del proceso la única finalidad de la prisión preventiva, cualquier otro objetivo que se persiga con la privación de la libertad, como la prevención de nuevos delitos, es característico de la imposición de la pena y por ello su utilización sin que exista una condena resulta contraria a la Declaración Americana y a la Convención Americana, en particular al principio de presunción de inocencia". Este pronunciamiento de la Comisión Interamericana tiene como antecedente lo indicado por la misma en el informe 2/96 del 1 de marzo de 1996, en el que rechazó el peligro de reiteración como causa de prisión preventiva (No. 90-94). Sin embargo, debe reconocerse que en otro informe, la Comisión, el No. 2/97, vertido el 11 de marzo de 1997, admitió la causa de peligro de reiteración (No. 32).

La Comisión Interamericana de Derechos en el informe 2/97 del 11 de marzo de 1997, se señaló en cuanto a los criterios para determinar el peligro de fuga: "28. La seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia. Sin embargo, tampoco resultan suficientes, luego de transcurrido cierto plazo, para justificar la continuación de la prisión preventiva. Además, debe tenerse en cuenta que el peligro de ocultamiento o fuga disminuye a medida que aumenta la duración de la detención, ya que este plazo será computado a efectos del cumplimiento de la pena aplicada en la sentencia". 29. La posibilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros

discusión de la defensa en su recurso sobre la prueba recibida, pudiendo pretender incluso una nueva valoración de la misma, en contra de la que dio el juez respectivo. Eso hace que, generalmente, los recursos de apelación, descansen como aspecto de fondo en dicho alegato. Pero no solamente podría discutirse si el imputado cometió el hecho que se le atribuye, sino también el carácter delictivo del mismo, pudiéndose controvertir no solamente la tipicidad, sino también la antijuridicidad y la culpabilidad.

Otro aspecto de fondo, que tiene una gran amplitud en cuanto a su controversia, a través de un recurso de apelación en contra de la detención provisional, es la aplicación de una medida sustitutiva, ello por la amplitud del artículo 294 CPP en cuanto a que procede dicha sustitución salvo que exista peligro de fuga o alarma social, lo que lleva a discutir dichos peligros. Debe tenerse en cuenta que el peligro de fuga en ocasiones se asocia exclusivamente con la penalidad alta que podría sufrir el imputado, pero existe acuerdo en la doctrina que deben tenerse en cuenta las circunstancias del caso concreto, considerándose la pena amenazada, pero también otros aspectos, por ejemplo los vínculos familiares o laborales del imputado, el domicilio fijo, etc.⁵⁴. La alarma social, como se dijo, tiene un carácter muy problemático debido no solamente a su incompatibilidad con la presunción de inocencia, sino también a su vaguedad y su relación con aspectos que son extraños al proceso, como la difusión que ha tenido el hecho. El combate de dicha causa puede hacerse no solamente en relación con su inconstitucionalidad y la violación de la Convención Americana, sino en lo relativo a la ausencia de esa alarma social, la que debe ser fundamentada por el juez en el caso concreto y no afirmada en abstracto, unido a que en delitos de poca gravedad no podría ser afirmada. Se contemplan una serie de delitos en El Salvador que no permiten su sustitución por otra medida cautelar, lo que ha sido denominado por la doctrina latinoamericana como delitos inexcusables, lo que en general ha sido combatido como incompatible con la presunción de inocencia. Independientemente del alegato en ese sentido, es importante tener en cuenta que aun en los supuestos en que se esté ante uno de esos delitos,

que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada. 30. En consecuencia, si los magistrados que entienden en la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada. 31. Además, la Comisión observa que si ésta es la única razón para la continuación de esta medida restrictiva de la libertad, las autoridades judiciales pueden solicitar las medidas necesarias para asegurar que el acusado comparezca, tales como fianzas, o en casos extremos la prohibición de salida del país. En tales casos, la fianza puede fijarse a un nivel tal que la perspectiva de perderla sería un elemento disuasivo suficiente para evitar que el procesado se fugue del país o eluda la acción de la justicia".

54. La Comisión Interamericana de Derechos en el informe 2/97 del 11 de marzo de 1997, señaló en cuanto a los criterios para determinar el peligro de fuga: "28. La seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia. Sin embargo, tampoco resultan suficientes, luego de transcurrido cierto plazo, para justificar la continuación de la prisión preventiva. Además, debe tenerse en cuenta que el peligro de ocultamiento o fuga disminuye a medida que aumenta la duración de la detención, ya que este plazo será computado a efectos del cumplimiento de la pena aplicada en la sentencia". 29. La posibilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada. 30. En consecuencia, si los magistrados que entienden en la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada. 31. Además, la Comisión observa que si ésta es la única razón para la continuación de esta medida restrictiva de la libertad, las autoridades judiciales pueden solicitar las medidas necesarias para asegurar que el acusado comparezca, tales como fianzas, o en casos extremos la prohibición de salida del país. En tales casos, la fianza puede fijarse a un nivel tal que la perspectiva de perderla sería un elemento disuasivo suficiente para evitar que el procesado se fugue del país o eluda la acción de la justicia".

deben darse los otros requisitos de la detención provisional, siendo necesario que existan elementos suficientes para afirmar la responsabilidad penal del imputado (Art. 292 inciso 1 CPP) y además que deba esperarse la imposición de una pena privativa de libertad que va efectivamente a ser ejecutada (Art. 297 inciso 2 CPP). Por ello en estos delitos podría tratarse de combatir la detención provisional en relación con los otros presupuestos de ésta.

Sin embargo, alegatos que pueden ser catalogados de fondo, no son sólo los que discuten con respecto a requisitos materiales de la detención provisional, sino también los que reclaman en contra de requisitos formales. Así de gran relevancia, conforme al principio acusatorio, es la petición de detención provisional formulada por el fiscal, de modo que la misma no sea ordenada por el juez de paz o de instrucción de oficio. Ello se puede deducir del artículo 289 del Código Procesal Penal. Por otro lado, requisitos formales de la detención provisional son: que sea ordenada por el juez competente y que el auto respectivo sea fundamentado.

Estos son algunos ejemplos de reclamos de fondo en contra de la detención provisional.

Para ilustrar los reclamos por el fondo es importante hacer mención también a los correspondientes a las excepciones. Así el artículo 277 del Código Procesal Penal hace mención a cuatro tipos de excepciones: a) incompetencia, b) falta de acción, c) extinción de la acción penal y d) cosa juzgada.

En relación con la excepción de incompetencia debe tenerse en cuenta que es de carácter dilatorio y no perentorio, de modo que si es acogida no da lugar a la extinción de la acción penal. Hay que considerar que se refiere a la competencia de los tribunales, no de los fiscales, distinguiéndose entre: a) Incompetencia territorial (Art. 59 CPP), b) Incompetencia material (Art. 57 CPP). No se refiere a si no se trata de un delito, de modo que debe ser resuelto por los tribunales civiles y c) Incompetencia funcional: según las diversas etapas del proceso, por ejemplo la competencia del juez de paz y no del juez de instrucción, o del tribunal de sentencia y no de estos otros jueces. Puede considerarse que forma parte de la incompetencia material.

En lo atinente a la excepción de falta de acción no se discute si existe o no un delito. Se distingue entre varios supuestos: a) La acción no se pudo promover, por ejemplo debido a la existencia de privilegio constitucional o bien litispendencia, b) no fue iniciada legalmente, por ejemplo no existe acusación, o bien falta la instancia privada en delitos de acción pública a instancia privada y c) la acción no puede proseguir, ya que sobrevino un privilegio constitucional o bien hay una incapacidad sobreviniente del imputado.

Con respecto a la excepción de extinción de la acción penal debe anotarse que lo que se reclama es que ocurrió uno de los supuestos enumerados en el artículo 31 del Código Procesal Penal, por ejemplo prescripción, revocación de la instancia, conciliación, etc.

Por su parte, la excepción de cosa juzgada lleva a reclamar que ya el imputado fue juzgado por el hecho delictivo que se le atribuye, para lo cual entra en discusión: a) la identidad del hecho, independientemente de la calificación jurídica que hubiera recibido, b) la identidad del imputado, de modo que un imputado no puede alegar cosa juzgada por existir una sentencia firme a favor de otro imputado y c) sentencia penal firme, ya sea condenatoria, absolutoria o de sobreseimiento definitivo.

En el caso del sobreseimiento provisional y su impugnación por la defensa, debe tenerse en cuenta que el reclamo de la misma debe estar dirigido al dictado de un sobreseimiento definitivo, lo que lleva a que pueda alegarse que se está ante uno de los supuestos establecidos por el artículo 308 CPP para la procedencia del sobreseimiento definitivo, destacándose no solamente la certeza de que el imputado no cometió el hecho delictivo o bien que, aunque existe duda, no puede esperarse razonablemente que se incorporen nuevos elementos de prueba. En cuanto a este aspecto puede tener gran importancia que para el sobreseimiento provisional se exige que se enumeren expresamente los elementos de convicción que se espera sean incorporados y la relevancia de ellos, puesto que no se trata simplemente de mencionar algunos elementos de convicción que podrían recibirse, sino además de hacer referencia a la relevancia de dichos elementos, de modo que podrían variar el juicio provisional de duda emitido.

4.7. Consejos para preparar una apelación.

Genaro Carrió hace una serie de recomendaciones para la elaboración de un recurso de apelación, señalando una serie de pasos que deberían ser seguidos, señala así:

- a) Primero debe leerse con detenimiento la resolución,
- b) Anotarse los errores que se advierten.

Debe hacerse una lista decreciente de la gravedad de los errores. El más grave primero. Antes de ello —señala Carrió— eventualmente puede ser importante una segunda lectura.

Deben determinarse los mejores argumentos para desenmascarar los errores y refutarlos.

Debe precisarse cuál argumento tiene relación con cada error. Debe hacerse una lista decreciente de la contundencia de los argumentos, de modo que el argumento más fuerte sea expresado de primero⁵⁵.

Estos consejos tienen una gran relevancia. Por supuesto que debe empezarse con un estudio detenido de la resolución impugnada. Un error que a veces se comete es simplemente tenerse en cuenta la parte dispositiva de la resolución impugnada, sin que se lea detenidamente la misma, tomándose anotaciones sobre la impugnación, lo que tendrá gran relevancia para la argumentación o fundamentación sobre los errores en que se incurre en la resolución recurrida. Por otro lado, tiene una gran relevancia

55. Carrió, op. cit., pp. 47-60

el orden de la impugnación.

No deben exponerse los argumentos de manera desordenada, sino conforme a un orden, que separe los diversos argumentos. Sobre ello Genaro Carrió lleva a recomendar las divisiones en títulos y los resúmenes frecuentes⁵⁶. Es importante que en la fundamentación se titulen los diversos argumentos con un título corto que los resuma, por ejemplo si se reclama que no hay probabilidad de la responsabilidad penal del imputado, por lo que no procedía el dictado de la detención provisional (Art. 292 inciso 1 CPP), podría ponerse como título la "Falta de probabilidad de la responsabilidad penal del imputado necesaria para la detención provisional" y como subtítulo "El relato de la ofendida es absurdo", como otro subtítulo adicional podría decirse: "Los policías desdijeron el dicho de la ofendida". Ello en relación con un caso de la práctica salvadoreña, arreglado para los efectos didácticos de este trabajo, en el que la ofendida había dicho que el imputado la había asaltado y le había pedido un dólar y luego ante la petición de que le entregara los zapatos y otros objetos ella salió huyendo, llegando a una casa cercana a la que ingresó, encontrándose con la sorpresa que era la casa del imputado, el que se encontraba en la misma cuando ella llegó, por lo que al ver un vehículo de la policía que pasaba gritó pidiendo auxilio. Los policías por su parte indicaron que no fue la ofendida la que los llamó, sino ellos acudieron al lugar ante las indicaciones de vecinos. De gran relevancia al respecto es el énfasis en que el relato de la ofendida es absurdo, ya que es contrario a la lógica que si ella salió corriendo huyendo del imputado, al llegar a la casa en que ingresó estuviera el imputado en esa casa, antes que ella. Ello debería llevar ya sea a dudar de la veracidad de lo dicho por la ofendida, o bien a dudar sobre la identificación que hizo del imputado como la persona que la asaltó. El argumento sobre el dicho por los policías es de menor peso, pero complementario, ello en cuanto a que no fue que la ofendida los hubiera llamado pidiendo auxilio desde la casa.

Con respecto a esos aspectos deben resaltarse las recomendaciones de Carrió sobre el orden que debe darse a los yerros y a su vez a los argumentos. Un principio fundamental que debe seguirse es que los puntos de la resolución, con respecto a los cuales se considera que el yerro es mayor, deben alegarse de primero. Igualmente los argumentos de más peso para combatir el yerro deben ser expuestos de primero. Lo anterior ya que es el juez, debe reconocerse, que le dará una mayor relevancia a los argumentos expuestos de primero, ello partiendo de un carácter decreciente de la atención con respecto a lo escrito en el recurso. Ello debe llevar también a que por conveniencia se debe evitar la formulación de múltiples argumentos, de modo que no se formulen los que pueden tener menos posibilidades de ser aceptados, lo que implica en definitiva un mayor énfasis en los argumentos de peso y ello en relación con los errores más graves.

Es importante señalar que en general la doctrina, es concordante en que los dos secretos de la fundamentación de un recurso, son la brevedad y la claridad, los que deben ir juntos. En otras palabras, cuando puede expresarse claramente y en forma breve los argumentos, el recurso llega a tener mayores posibilidades de éxito, ya que de hecho recibe una mayor atención de los jueces. Sobre ello es importante hacer diversas citas de Piero Calamandrei. Señala éste: "No olvidéis que brevedad y claridad son las dos condiciones que más aprecia el juez en el discurso del abogado"⁵⁷. Dice con respecto al juez: "Si escribes demasiado no lee; si hablas con exceso, no escucha; si eres oscuro, no tiene tiempo para tratar de comprenderte"⁵⁸. Señala: "Los jueces prefieren los abogados lacónicos y discretos; los clientes los prefieren habladores y prepotentes"⁵⁹. Indica: "Útil es el abogado que habla estrictamente lo necesario, que escribe claro y conciso, que no llena a la audiencia con su arrolladora personalidad"⁶⁰.

Señala Calamandrei que el exceso de la doctrina con citas desmedidas de autores es contraproducente⁶¹. En ello lleva razón, debe reconocerse que con frecuencia a los jueces no les gustan las múltiples citas de autores, debido a que señalan que el abogado les está tratando de enseñar. Sin embargo, esto no debe llevar a la ausencia de citas, puesto que éstas son con frecuencia indispensables, por ejemplo puede ser relevante la cita de un autor que indique que un arma de juguete no es un arma como para agravar un robo, o que señala la necesidad de la capacidad ofensiva del arma para configurar un ilícito de tenencia ilícita de arma, por ejemplo en un caso en que el arma está descompuesta. Es contraproducente por el contrario que ante un reclamo de que la resolución es fundamentada, se hagan extensas citas que expliquen qué es la fundamentación.

El recurso de apelación debe también ser adecuado en su presentación, de modo que sea agradable para la vista. Por ejemplo la utilización de un tamaño de letra que haga fácil su lectura, pero debiendo tenerse en cuenta que un tamaño muy grande de letra es negativo. El guardar un espacio adecuado entre los renglones, por ejemplo una separación de espacio y medio es adecuado, no siendo conveniente el espacio simple. Igualmente debe guardarse márgenes adecuados tanto arriba como bajo de la página y a ambos lados. Un consejo también fundamental es el que da Genaro Carrió que hace referencia al uso generoso de la puntuación, entre ella el punto y aparte. Señala dicho autor con razón que el escrito no debe parecerse a una escritura pública, que es un ejemplo mayúsculo de difícil y tediosa legibilidad, no debiendo ser imitado⁶².

57. Calamandrei, Piero. El elogio de los jueces. Buenos Aires, Editar, 1956, p. 85.

58. Calamandrei, op. cit., p. 107.

59. Calamandrei, op. cit., p. 133.

60. Calamandrei, op. cit., p. 134.

61. Calamandrei, op. cit., p. 106.

62. Calamandrei, op. cit., p. 106.

56. Carrió, op. cit., p. 59.

4.8. Algunos errores detectados con respecto a los recursos de apelación de la defensa pública.

En general debe reconocerse que hay una falta de entusiasmo de los defensores públicos actualmente con respecto a la formulación de recursos de apelación, debido a las malas experiencias que han tenido con respecto a los recursos presentados, de modo que la gran mayoría de los mismos son declarados sin lugar por las cámaras de apelaciones. Esto lleva a los defensores a considerar que la presentación de un recurso de apelación tiene un carácter inútil, de modo que aparentemente se presentan pocos recursos de apelación. Eso es lo que se pudo apreciar de la experiencia en particular de la Procuraduría de San Salvador y la de Santa Ana, incluso luego de la capacitación que se dio en esos lugares. Debe ante ello verse cómo lograr un estímulo al respecto.

Los recursos estudiados de los defensores públicos fueron, en particular, en contra de la detención provisional, siendo el alegato principal que se hizo con respecto a la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado, pretendiéndose en algunos casos una nueva valoración de la prueba y en otros que se declarara que la prueba en la que descansaba la detención provisional era ilegal, por ejemplo la confesión del imputado o el allanamiento practicado. Todos estos aspectos, en cuanto a los reclamos, debe estimarse como adecuados, aunque debe reconocerse que en general no se identificó expresamente cuál es el punto impugnado de la resolución, lo que es importante incluso al momento de la fundamentación del recurso, puesto que debe tenerse claro que ese es el aspecto que se está combatiendo. En efecto debe anotarse que aunque en diversos recursos se reclama con respecto a la falta de probabilidad de la responsabilidad penal del imputado, en cuanto es requisito de la detención provisional, en los alegatos se hacen simplemente alegatos referentes a la prueba y la duda que existe, sin que en ningún momento se haga referencia a qué importancia tiene ello con respecto a la detención provisional, ello a pesar de que lo que se está apelando en realidad es ésta.

En general no se aprecia un análisis lógico, hasta sus últimas consecuencias, del reclamo relacionado con la falta de probabilidad de la responsabilidad penal del imputado. Por ejemplo, en algún caso se reclamó la nulidad de una confesión ante la policía sin cumplimiento de las garantías por el imputado, que dio lugar al secuestro de lo sustraído, según la indicación del imputado sobre el lugar en que dejó el objeto. Se hizo referencia allí a la regla de la confesión extrajudicial, señalándose que no era aplicable, pero debió realizarse un mayor desarrollo al quebranto de las garantías del imputado, en particular la advertencia del derecho de abstenerse de declarar y la asistencia técnica del defensor, de modo que en definitiva el secuestro de los objetos estaba viciado de nulidad. Por otro lado, faltó un mayor desarrollo sobre por qué eliminado ese secuestro, la prueba restante era insuficiente para considerar como probable la responsabilidad del imputado.

Común en algunos asuntos fue reclamar que debió calificarse el hecho de manera diferente, por ejemplo hurto y no como robo, o bien como robo simple tentado y no como robo simple consumado. Sin embargo, a pesar de que se está recurriendo la detención provisional, no se explica qué relevancia tiene el cambio de calificación con respecto a la orden de detención provisional, por ejemplo por qué si se da un cambio de calificación debe aplicarse una medida sustitutiva de la detención provisional. Más bien en algún recurso al respecto se hace referencia al cambio de calificación que debe darse, pero se pide simplemente que se revoque la detención provisional, resultando que por la penalidad de los delitos, superior a tres años, pareciera que el cambio de calificación no implicaría que pudiera revocarse la detención, sino lo que podría entrar en discusión es la aplicación de una medida sustitutiva.

Puede afirmarse que, en general, los recursos presentados fueron relativamente breves, pero no puede afirmarse lo mismo de la claridad de los alegatos, los que en ocasiones no pueden ser estimados como entendibles. Se llega en ocasiones a que el escrito no sea claro, por la falta de separación de los alegatos. Así, en algún asunto se reclama que se revocó el auto de sobreseimiento provisional, ordenándose la detención provisional, sin que se hubiera recibido prueba alguna después del sobreseimiento indicado y sin que se hubiera realizado una audiencia para ello. Sin embargo, acto seguido y sin separación, se inicia una valoración de la prueba, por ejemplo del dictamen médico sobre la víctima del delito sexual atribuido, haciéndose referencia también a un abuso por parte de un familiar de la víctima, al que haría mención alguna prueba que consta. No se explica en ese asunto por qué si la víctima hubiera sufrido el abuso de otro, entonces no puede atribuirsele razonablemente el delito atribuido al imputado. Aparentemente se quiere decir que el que habría cometido el abuso es otro y no el imputado, pero no se señala ello en forma clara. Por otro lado, no queda clara la situación con respecto al sobreseimiento provisional y si la prueba cuya valoración se pretende por el impugnante, fue recibida después del sobreseimiento provisional, ya que inicialmente se decía que no se había recibido prueba luego de éste.

Un aspecto también relevante es la consideración de la petición, la que debe ser congruente con el agravio y los fundamentos, debiendo tener relación con la resolución que de acuerdo con la impugnabilidad objetiva de los recursos es apelable. Así, si se apela la detención provisional, la petición natural es que se revoque la detención provisional y se disponga la libertad del imputado. Es discutible si puede pedirse, además de la revocatoria de la detención provisional, el dictado del sobreseimiento definitivo o provisional, esto por razones de economía procesal. Sin embargo, la petición de la apelación de la detención provisional no podría ser solamente que se disponga el sobreseimiento definitivo o provisional, no haciéndose mención alguna a la revocatoria de la detención provisional y la orden de libertad del imputado. Se encontró, a pesar de ello, diversos

recursos con este defecto.

En cuanto a aspectos de presentación del escrito del recurso, se encontró con frecuencia los defectos apuntados por Carrió, en donde existe una ausencia de puntos y aparte, que separen las ideas. Por otro lado, algunos recursos se caracterizaron por ser hecho todo el escrito en mayúscula, lo que no es conveniente en cuanto a su lectura ágil por la cámara de apelaciones.

Pocos alegatos se realizaron a las causas de detención provisional y la aplicación de medidas sustitutivas. Importante es que en algún caso la resolución impugnada se basaba en la existencia de varios peligros en el dictado de la detención provisional, pero la impugnación dejaba de hacer mención a cada uno de esos peligros y a la posibilidad de sustitución por una medida menos gravosa.

4.9. Ejemplo de recurso de apelación

Un ejemplo de recurso de apelación presentado en contra de una resolución que ordena la detención provisional de un imputado puede ser el siguiente:

"RECURSO DE APELACIÓN DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL
Causa contra Maricela Vásquez Soto, por hurto.

Ref. 46-M-06-04

Señor Juez Segundo de Paz de San Salvador:

Yo, Luis Martínez Sibaja, en calidad de defensor público de la imputada Maricela Vásquez Soto, inconforme con la resolución dictada por su autoridad el cuatro de noviembre de dos mil cuatro, en la que ordenó la detención provisional de mi defendida, presento recurso de apelación para ante el tribunal de segunda instancia respectivo.

AGRAVIO: La resolución impugnada le causa agravio a mi cliente, puesto que dispuso su detención provisional, cuando en realidad debió haber quedado en libertad sin ningún tipo de medida cautelar, o bien haberse dispuesto su libertad aplicando una medida sustitutiva de la detención provisional.

PUNTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADOS: Se impugna en particular la resolución que ordenó la detención provisional de mi cliente, en cuanto fue dispuesta sin que se dieran los requisitos materiales exigidos para ello, en particular porque no puede afirmarse la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que la imputada es, con probabilidad, autora o partícipe del hecho delictivo que se le atribuye. Lo anterior de conformidad con el artículo 292 inciso 1 del Código Procesal Penal.

Además se impugna la resolución en cuanto no ordenó la sustitución de la detención provisional por una medida menos gravosa, debido a que no existe, en el caso concreto, peligro de fuga, ni alarma social, ello conforme a los artículos 292 y 294 del Código Procesal Penal.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

NO HAY ELEMENTOS SUFICIENTES PARA CONSIDERAR COMO PROBABLE QUE LA IMPUTADA COMETIÓ EL DELITO ATRIBUIDO

En la resolución impugnada, se afirma que hay elementos para sostener, razonablemente, que mi defendida el día 27 de octubre de 2004 sustrajo diez pantalones del negocio denominado Variedades María, con un valor total de noventa y seis dólares, por lo que se ordenó la instrucción con detención provisional, calificando los hechos como constitutivos de hurto (Art. 207 del Código Penal).

Sin embargo, dicha afirmación se fundamenta en puras conjeturas, puesto que ninguna de las empleadas del negocio (Rosa Martínez y Rosa Ledezma), vieron a mi defendida sustraer dichos pantalones, ya que ellas simplemente manifiestan que luego de que mi defendida salió del negocio al que había llegado indicando que quería comprar unos pantalones, se percataron que faltaban diez pantalones del negocio, por lo que una de ellas (Rosa Martínez), salió del negocio a perseguir a la imputada, encontrándola a unos cien metros del lugar mientras conversaba con un sujeto no identificado, por lo que pidió ayuda a un policía que se encontraba cerca del lugar (Juan Guzmán), el que detuvo a la imputada. A pesar de lo anterior no se le llegó a decomisar ningún pantalón a la imputada, según lo indicó el mismo policía que practicó la detención (Juan Guzmán), de modo que la prueba de cargo descansa simplemente en una suposición de las empleadas del negocio, declaración que de todas maneras debe ser puesta en duda, ya que podrían estar tratando simplemente de justificar un faltante de los pantalones ante la persona dueña del negocio. Así resulta que la prueba incriminatoria en que se ha basado el señor Juez de Paz, para dictar la detención provisional, en realidad no permite de ninguna manera sostener como razonable que la imputada sea un grado de probabilidad, autora del delito de hurto que se le atribuye, por lo que no se da uno de los requisitos necesarios para el dictado de la detención provisional, según lo establece el artículo 292 inciso 1 del Código Procesal Penal.

DEBIÓ SUSTITUIRSE LA DETENCIÓN PROVISIONAL, DEBIDO A LA INEXISTENCIA DE PELIGRO DE FUGA Y A LA INEXISTENCIA DE ALARMA SOCIAL

Como alegato en subsidio, en el caso de que se considere que la imputada es, con grado de probabilidad, responsable del hecho atribuido con grado de autora, no debe aprobarse la orden de instrucción con detención provisional, sino esta última debe ser sustituida por una medida sustitutiva, de conformidad con el artículo 294 del Código Procesal Penal.

El señor Juez de Paz ordenó la detención provisional basándose en que el delito atribuido tiene una pena mayor de tres años y en la existencia de alarma social. Señaló que no corresponde sustituir la detención provisional, ya que existe peligro de fuga, basado en la alta penalidad del delito de hurto, que tiene una pena máxima de cinco años, unido a la calidad de extranjera, de la imputada, la que nació en Nicaragua, de modo que de ser liberada probablemente se daría a la fuga. Indicó además que un delito como el cometido causa alarma social, debido a lo vulnerable

que son los negocios ante sustracciones como la que habría cometido la imputada, de modo que los dueños de dichos negocios no entenderían que la imputada permaneciera en libertad.

Con respecto a lo anterior debe afirmarse la inexistencia de un peligro de fuga, debido a que la penalidad mínima del delito no es elevada, puesto que es de sólo dos años. Se une a ello que, aunque se trata de una extranjera, tiene arraigo en El Salvador, en donde vive desde hace cuatro años, teniendo su situación migratoria en regla, según se comprueba con los documentos aportados al respecto por la defensa.

Se agrega a lo anterior que no puede afirmarse la existencia de una alarma social, debido a la escasa gravedad que tiene el hecho atribuido a la imputada, no sólo tomando en cuenta la penalidad del delito, sino también la forma en que se habría realizado, puesto que se indica que habría sido sin ningún tipo de violencia física ni intimidación. Se une a lo anterior que no puede afirmarse de ninguna manera que el hecho haya trascendido socialmente, como que pudiera estimarse la existencia de una alarma social en caso de que la imputada fuera liberada.

PETICIÓN

Solicito que se revoque el auto de detención provisional y en su lugar se ordene la libertad de la imputada, ello sin que se ordene ningún tipo de medida cautelar.

Subsidiariamente pido que se revoque la detención provisional y en su lugar se disponga una medida sustitutiva de la misma.

NOTIFICACIONES: Señalo para oír notificaciones la Procuraduría General de la República, Unidad de Defensoría Pública, ubicada en Centro de Gobierno, San Salvador.

San Salvador, doce de noviembre de dos mil cuatro”.

Otro ejemplo de recurso de apelación sería el siguiente:

“RECURSO DE APELACIÓN DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL

Causa contra Luis Fernández Soto por robo

Ref. 48-M-06-04

Señor Juez Segundo de Paz de San Salvador:

Yo, Luis Martínez Sibaja, en calidad de defensor público del imputado Luis Fernández Soto, inconforme con la resolución dictada por su autoridad el cuatro de noviembre de dos mil cuatro, en la que ordenó la detención provisional de mi defendido, presento recurso de apelación para ante el tribunal de segunda instancia respectivo.

AGRAVIO: La resolución impugnada le causa agravio a mi cliente, puesto que dispuso su detención provisional, cuando en realidad debió haber quedado en libertad sin ningún tipo de medida cautelar.

PUNTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADOS: Se impugna en particular la resolución que ordenó la detención provisional de mi cliente, en cuanto fue dispuesta sin que se dieran los requisitos materiales exigidos para ello, en particular porque no puede afirmarse la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es,

con probabilidad, autor o partícipe del hecho delictivo que se le atribuye, todo ya que se dispuso con base en prueba ilegal. Lo anterior de conformidad con el artículo 292 inciso 1 del Código Procesal Penal.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la resolución impugnada se afirma que hay elementos para sostener razonablemente que mi defendido, el día 27 de octubre de 2004, procedió a asaltar—mediante la utilización de un arma de fuego— al motorista Carlos Pérez Murillo, mientras éste se encontraba aparcado, sustrayéndole una computadora portátil marca Toshiba, valorada en mil dólares que portaba consigo. Se basa para ello, en que a pesar de que aún no se ha realizado un reconocimiento del imputado por el ofendido, el mismo fue detenido por los policías Luis Soto y José Rodríguez en una vivienda cercana al lugar de los hechos, encontrándose efectivamente en su poder la computadora sustraída, lo mismo que el arma que habría sido utilizada para la comisión del robo.

Los razonamientos del Juez de Paz no pueden ser admitidos, debido a que, como bien lo alegué en la audiencia inicial, la policía procedió a ingresar a la vivienda en la que se encontraba el imputado, que pertenece a José Lozano, amigo suyo, sin orden judicial, a pesar de no concurrir ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 177 del Código Procesal Penal, puesto que no puede afirmarse que haya existido “una persecución actual de un delincuente”, ya que aun creyendo la versión del ofendido de que habría sido asaltado por alguien, mi defendido nunca fue perseguido luego del hecho por la policía, sino esta llegó a la casa en que estaba mi defendido por indicaciones de algún vecino y cuando ya habrían transcurrido una media hora del hecho delictivo que se habría cometido. Los policías que detuvieron a mi defendido, lo hicieron empleando la fuerza para ingresar a la vivienda, por lo que debe estimarse como violentado el artículo 20 de la Constitución Política y los artículos 173-177 del Código Procesal Penal, estándose ante una nulidad de carácter absoluto, conforme con lo establecido en el artículo 224 del Código Procesal Penal, la que debe ser declarada.

La nulidad indicada tiene como consecuencia la nulidad del secuestro de la computadora, de conformidad con el artículo 15 párrafo 2 del Código Procesal Penal. Además, el hecho que vincula a mi defendido en este proceso depende de la detención ilegal practicada, como consecuencia del registro de morada, por lo que en definitiva en este asunto no existe elemento alguno que pueda vincular a mi defendido con el hecho delictivo, por lo que no puede afirmarse la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado, es con probabilidad, autor o partícipe de un hecho delictivo, ello conforme con lo establecido en el artículo 292 inciso 1 del Código Procesal Penal, de modo que no dándose uno de los requisitos materiales para ordenar la detención provisional, la misma debe ser revocada, disponiéndose la libertad inmediata del imputado.

PETICIÓN

Pido que se decrete la nulidad del allanamiento de morada

practicado, lo mismo que los actos que de él dependen, en particular el secuestro que se llevó a cabo y el acto de detención del imputado. Solicito que se revoque la orden de detención provisional y que se disponga la libertad inmediata de mi defendido sin caución alguna, lo anterior por depender del allanamiento ilegal y los actos que dependen del mismo.
NOTIFICACIONES: Señalo para oír notificaciones la Procuraduría General de la República, Unidad de Defensoría Pública, ubicada en Centro de Gobierno, San Salvador.
 San Salvador, doce de noviembre de dos mil cuatro”.

5. Conclusiones.

Uno de los aspectos más relevantes, que se pueden extraer de los diversos encuentros sostenidos con los defensores, es la exigencia de grandes formalidades en la práctica salvadoreña, con relación a los recursos de revocatoria y de apelación, lo que es sorprendente ya que deberían ser recursos muy informales, de manera que no deberían dar lugar a mayores preocupaciones.

Se ha enfatizado en los encuentros las dificultades que tiene la defensa con respecto a los llamados requisitos de fondo de los recursos, en particular del de apelación, lo que se dice en gran parte es motivo de que se declaren sin lugar los recursos presentados por la defensa. Ello está relacionado con el contenido de la fundamentación del recurso, pero también con el agravio sufrido y con la petición que se formula. En realidad no pueden hacerse afirmaciones generales con respecto a los requisitos de fondo de la apelación, ya que ello dependerá del tipo de resolución que se está impugnando. Así la impugnación de la detención provisional debe tener en cuenta los requisitos materiales y formales de la misma, para combatir la resolución, en cuanto a que no se cumplen en el caso concreto. En los casos estudiados en el curso, resalta en particular la discusión con respecto a la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado, lo que es normal, ya que se trata del aspecto de fondo que permite un mayor margen de reclamo por parte de la defensa. También en algunos recursos se combaten los requisitos de la detención provisional, en particular lo relativo al peligro de fuga, aunque en general el alegato al respecto se formula con un carácter secundario, luego de reclamarse la falta de probabilidad de la responsabilidad el imputado, desarrollándose poco, puesto que se hacen solamente afirmaciones generales. En lo relativo a este tipo de reclamo sobre las causales de detención provisional y los sustitutivos de la misma, en particular los defensores de Santa Ana, expresaron preocupación en su reclamo, uniéndose a ello los de Cojutepeque, que en particular estuvieron preocupados por los reclamos de inconstitucionalidad de las causales de detención y de prohibición de excarcelación.

Debe anotarse que la preocupación con respecto a los recursos de revocatoria y apelación y sus requisitos formales y materiales fue expresada en particular en los encuentros en San Salvador, Santa Ana y Cojutepeque, mientras que la preocupación principal en San Miguel fue más bien la relativa al recurso de casación. Críticas al recurso de casación y su extrema formalización, sin embargo, fueron expresadas en general en las diversas localidades.

En general se nota un desánimo de los defensores, debido a las experiencias que han tenido con las impugnaciones, en cuanto a que en general las mismas son declaradas sin lugar por la respectiva cámara. Se dice al respecto que en un inicio los defensores presentaban muchas impugnaciones, lo que no sucede en los últimos tiempos, debido a este desánimo. Ello provocó que existieran una serie de dificultades para conseguir recursos de apelación con los cuales trabajar durante las reuniones que se hicieron, lo mismo que hubo muchas dificultades para la labor de seguimiento de los cursos, a través del estudio de los recursos que se estuvieran presentando en las respectivas procuradurías.

Este trabajo fue facilitado por el autor, para su eventual publicación, como parte de los insumos de la consultoría de capacitación en el puesto de trabajo para defensores públicos sobre "Recursos de revocatoria y apelación en el CPP de El Salvador" (noviembre de 2004). Dicha actividad se realizó dentro del Programa de Justicia ejecutado por el Consejo con el apoyo de la Agencia Internacional de los Estados Unidos para el Desarrollo (USAID - NCSC/DPK Consulting).

2. Análisis criminológico de las tipologías y el tratamiento de los agresores familiares.

Santiago Redondo Illescas

Profesor de Criminología de la Universidad de Barcelona

SUMARIO.

1. Violencia en pareja: características o implicaciones. 2. Factores etiológicos. 3. Características y perfiles de los maltratadores. 4. Derivaciones aplicadas para la prevención de la violencia familiar. 5. Tratamiento de los agresores familiares. 5.1. Clasificación de las medidas de protección y de los tratamientos. 5.2. Medidas de carácter legal. 5.3. Medidas psicoeducativas con los agresores. 5.4. Tratamientos cognitivo-conductuales. 5.5. Efectividad de los programas aplicados. 6. Conclusión.

1. Violencia en pareja: características e implicaciones.

Durante los últimos años se ha producido en muchos países una gran alarma pública en relación con el maltrato de las mujeres por parte de sus maridos o parejas. Aunque probablemente las cifras absolutas de maltrato no han aumentado durante los últimos años, es mayor, sin embargo, su *amplificación* por parte de los medios de comunicación y, unido a ello, la sensibilidad sobre este problema de los ciudadanos y los poderes públicos. El *Proyecto de Declaración sobre Violencia contra la Mujer* de las Naciones Unidas definió en 1991 esta violencia como "todo acto, omisión, conducta dominante o amenaza que tenga o pueda tener como resultado el daño físico, sexual o psicológico de la mujer" (Benítez, 1999, pág. 275).

Algunos estudios internacionales han estimado que entre el 11% y el 13% de las parejas experimentan alguna forma de violencia física (Browne, 1989). En España, unas 30.000 mujeres denuncian anualmente malos tratos (de todas estas denuncias más de 11.000 dieron lugar en 2002 a diligencias policiales por delito). Se considera que el índice de denuncia es de entre el 5% y el 10% de los casos que acontecen, a partir de lo cual podría estimarse la existencia en nuestro país de unos 300.000 casos anuales de maltratos en la pareja (Martín Barroso y Laborda Rodríguez, 1996/1997; Benítez, 2004). Además, en la dimensión más dramática y alarmante de este grave problema, entre 35 y 70 mujeres son asesinadas anualmente en España por sus maridos o parejas.

Las víctimas de malos tratos tienen, cuando denuncian el hecho, entre 30 y 50 años (Ruidíaz, 1996). En un estudio de Pont y Parès (1995) sobre 460 casos de maltrato, la edad media de las víctimas era 34 años. Las víctimas suelen tener un nivel cultural bajo y laboral precario. Los agresores suelen ser cónyuges o parejas de las víctimas. La violencia suele precipitarse al inicio de la convivencia matrimonial o de pareja, pero también puede aparecer con antelación, ya durante el noviazgo (Browne, 1989; Pont y Parès, 1995).

En los recuadros que siguen (números 1, 2 y 3) se recogen esquemáticamente las características principales de las agresiones domésticas, de sus víctimas y de los agresores.

Recuadro 1. Topografía y contexto habitual de los malos tratos domésticos

(Aguilar *et al.*, 1995; Benítez, 1999, 2004; Browne, 1989; Pont y Parès, 1995; Ruidíaz, 1996).

- Consisten en conductas heterogéneas tales como: abofetear, empujar, golpear, dar puñetazos, empujar de un extremo al otro de una habitación, empujar escaleras abajo, lanzar contra paredes u objetos, poner la zancadilla, dar patadas, pegar pisotones, retorcer brazos o piernas, lanzar objetos contra la víctima, estrangular, morder, provocar quemaduras, apuñalar, disparar, arrojar de un coche en marcha, ahogar, etc.
- A esta lista de agresiones físicas hay que añadir la violencia o "tortura" psicológica (Smith, 1993) y los abusos y vejaciones sexuales, de más difícil cuantificación.
- Las víctimas suelen ser tanto la cónyuge o pareja del agresor como sus hijos.
- La violencia suele precipitarse al inicio de la convivencia matrimonial o de pareja, aunque también puede aparecer durante el noviazgo.
- Aunque esta violencia puede aparecer en todas las clases sociales, el mayor número de casos conocidos procede de barrios marginales y con elevadas tasas de delincuencia.
- Acontecen generalmente en domicilios particulares.
- Los horarios más típicos de episodios de maltrato son aquéllos en los que la familia suele confluír en el domicilio: en fines de semana, o en días laborables a las horas de las comidas o por la noche.

Recuadro 2. Características más comunes de las mujeres víctimas de maltrato doméstico

(Aguilar *et al.*, 1995; Benítez, 1999, 2004; Pont y Parès, 1995; Ruidíaz, 1996)

Suele tratarse de mujeres casadas o que viven en pareja. El grupo de edad principal, en el momento de la denuncia, es el correspondiente al intervalo 31-50 años.

- Suelen tener un nivel académico y cultural bajos.
- Su nivel laboral es también precario (amas de casa o empleadas de hogar sin contrato), y con frecuencia carecen de autonomía económica.
- La falta de autonomía personal y la dependencia económica constituyen las dos principales dificultades para la separación (en el estudio de Benítez -1999- sólo un 15,4% de las mujeres que sufrían malos tratos se había separado como resultado de ello).
- Las consecuencias más frecuentes experimentadas por las víctimas son (Benítez, 1999): a corto plazo: humillación, miedo, dolor, fuerte *shock*, y heridas generalmente leves; a largo plazo: miedo, inseguridad, abandono de la vivienda, y secuelas físicas.
- Las expectativas de las víctimas son, por orden de preferencia (Benítez, 1999): terapia (familiar, para ella o para el agresor), la separación del agresor, y tan sólo una pequeña proporción de las mujeres desean el castigo penal de los agresores.

Recuadro 3. Características más comunes de los agresores domésticos

(Aguilar *et al.*, 1995):

- Suele tratarse de los maridos o parejas de las mujeres que son víctimas.
- Suelen tener un nivel cultural bajo. Ello se asocia a valores y creencias sexistas.
- Su nivel laboral es también precario. Muchos están desempleados o pasan largas temporadas sin trabajo.
- Muchos tienen problemas con el alcohol u otras drogas, que suelen ser los desinhibidores que precipitan los episodios de maltrato.
- Un porcentaje significativo de agresores fueron en su infancia testigos o víctimas de maltrato en su familia de origen.

En general, se considera que la violencia en el seno de la pareja presenta algunas características distintivas de la violencia que acontece fuera del entorno familiar. Sin embargo, pese a estas especificidades, también existe una clara conexión entre experiencias violentas en el hogar y estilos violentos fuera del hogar (Ohlin y Tonry, 1989). Esta constatación conduce a la necesidad de analizar la violencia familiar tanto en el marco más global de las teorías criminológicas sobre la violencia como a partir de algunas teorías específicas al respecto.

La violencia en la pareja suele tener, así pues, como protagonistas a una mujer que sufre vejaciones y agresiones periódicas y a un varón,

su pareja actual o anterior (ex-pareja), que es quien ejerce tales agresiones. Además, estas interacciones violentas tienen lugar en un contexto familiar, en el que puede haber hijos de la pareja o de alguno de ellos, u otros familiares (padres, parientes, etc.). En toda circunstancia el maltrato acaba teniendo efectos perniciosos y, a la postre, destructivos de las víctimas primarias (las mujeres) y secundarias (hijos y otros familiares). Tales efectos aparecen tanto en forma de daños y lesiones físicas como, de modo notable, en el deterioro psicológico y conductual de las víctimas, en forma de depresión, ansiedad y miedo ante la relación de pareja, disfunciones sexuales, etc.

Ante este grave y complejo problema social y criminal, la prioridad inicial debe ser, como es lógico, la protección de las víctimas y la ayuda a las mismas. Sin embargo, la otra cara de la moneda la constituyen los agresores, que durante años han maltratado a una, y a veces a dos o más parejas, y a menudo también a sus hijos y otros miembros de la familia. En muchos de estos agresores, el maltrato constituye una característica muy estable de su comportamiento y una manera típica de interactuar con otras personas, y específicamente con sus parejas. De ahí que en este difícil problema, los propios maltratadores deban constituir también, tras las víctimas, un objetivo imprescindible de intervención. Este artículo se dirige precisamente al análisis de los perfiles y del tratamiento de los maltratadores familiares.

2. Factores etiológicos

Las principales explicaciones del maltrato en la pareja que se han sugerido pueden resumirse de la siguiente manera (Bersani y Chen, 1988; Browne, 1989; Labrador, Rincón, de Luis y Fernández-Velasco, 2004; Smith, 1993; Wallace, 1996):

1. Perspectiva cultural. Ha sido la interpretación dominante en años pasados y todavía es un posicionamiento muy relevante en la actualidad. Propone que las raíces del uso de la violencia en el seno familiar, especialmente por parte de los hombres, y de la cual suelen ser víctimas frecuentes las mujeres, se hallan en los valores culturales patriarcales, que siguen impregnando todas las relaciones sociales. Según esta perspectiva, la violencia es socialmente comprendida y, dentro de ciertos límites, tolerada como instrumento de mantenimiento del orden social y familiar (una presentación amplia de esta línea de pensamiento puede encontrarse en español en Maquieira y Sánchez, 1990; véase también Thiebaut -1988- y Klein -1981-). En síntesis, el origen del maltrato a las mujeres por parte de los hombres estaría en la existencia de valores sociales que favorecen y justifican ese maltrato. Por tanto, para erradicar estas situaciones deberían reemplazarse los valores sociales patriarcales por valores de auténtica igualdad y respeto entre mujeres y hombres.

Es indudable la existencia de discriminaciones sociales (en el trabajo, en la familia, etc.) en contra de las mujeres. Estos valores culturales están

presentes, en mayor o menor medida, en todos los estratos sociales. Nos influyen a priori a todos. Sin embargo, sólo una minoría de los hombres maltrata a las mujeres. Un principio criminológico bien establecido desde Sutherland hasta nuestros días es que los valores y creencias generales (en este caso patriarcales o sexistas), que son comunes a muchos individuos, no pueden explicar por sí solos la agresión y la delincuencia de sólo algunos de ellos. De ahí que, desde un punto de vista científico, se requieren elementos explicativos complementarios que puedan ayudar a comprender por qué maltratan los hombres que lo hacen.

2. Perspectiva estructural. Representada en la explicación del delito por las teorías de la anomia y de la tensión, propone que las desigualdades sociales, la falta de oportunidades de muchos individuos y su incapacidad para alcanzar los objetivos convencionales de la sociedad (como una mayor riqueza o un estatus más elevado) serían los factores desencadenantes de las tensiones individuales que conducen a la violencia en el seno de la familia. Es decir, la esposa o compañera pagaría en el hogar "los platos rotos" en la calle, esto es, las frustraciones y problemas económicos, laborales, etc., de su marido o pareja.

Las estrategias de prevención deberían ir orientadas, según esta perspectiva, a erradicar tales desigualdades y tensiones. Aunque no carente de razón, en el fondo de las cosas, esta perspectiva, al igual que la anterior, centra las soluciones en cambios sociales que podrán tener una plasmación a medio y largo plazo, pero que es difícil que se concreten de modo rápido. Es decir, para conseguir una reducción de la violencia de los actuales agresores, y no sólo para prevenirla en la futuras generaciones de chicos y chicas en proceso de formación.

3. Perspectiva psicopatológica. Supone considerar que el agresor o maltratador presenta, por encima de todo, alguna patología individual que es la causa próxima de su conducta. Entre estas patologías, se han señalado con frecuencia ciertos trastornos mentales y determinadas alteraciones de la personalidad que, como la psicopatía, se acompañan de impulsividad o gran hostilidad contra las personas.

También se ha realzado la asociación entre maltrato y consumo de alcohol o de otras drogas. En los estudios norteamericanos, a partir tanto de los informes de las víctimas como de los propios agresores, se ha puesto de relieve la presencia del abuso de alcohol en un 40% a 60% de los casos de agresión a la pareja (O'Leary, 1988). En nuestra cultura mediterránea, el consumo de alcohol juega también un papel principalísimo como desinhibidor de la conducta agresiva. En un estudio de Pont y Parès (1995), sobre 460 casos de maltrato en Barcelona, el alcoholismo resultó ser el desencadenante principal de los episodios de agresión en más del 50% de los casos.

Pese a todo, no puede afirmarse que el alcohol constituya una causa directa de la violencia familiar (Wallace, 1996). Un punto oscuro de la investigación sigue siendo cuáles son las variables que median entre el

consumo de alcohol y las explosiones de violencia. Algunos autores han debatido si se trata de que la intoxicación etílica propicia ciertos pensamientos y emociones que llevan a la conducta violenta o, más bien, si ciertos individuos generan de antemano expectativas de que algunos de sus comportamientos violentos serán más excusables en estado de embriaguez (Leonard y Jacob, 1988).

Las orientaciones aplicadas deben dirigir, en coherencia con esta perspectiva, a tratar mediante la oportuna terapia las disfunciones de personalidad del sujeto o su alcoholismo.

4. *Perspectiva de la interacción.* Bajo este epígrafe se recogen aquí todas aquellas hipótesis explicativas que consideran que, al margen de otros factores de índole cultural o estructural, la etiología de la agresión familiar debe buscarse en los estilos de relación que se han establecido en el seno de la familia. Si el problema fundamental reside en que un marido agrade frecuentemente a su mujer, los factores que han generado este modo de funcionamiento y lo mantienen deben buscarse principalmente en las interacciones verbales, de comportamiento y emocionales entre los dos cónyuges, es decir, en la diversidad, complejidad y multidimensionalidad de las relaciones de pareja (Ashworth, 1997). Y lo anterior no sólo se afirma de una manera genérica, sino que, para cada caso concreto, podrían ser localizados factores facilitadores y precipitantes.

Dentro de esta perspectiva de la interacción, dos modelos explicativos, íntimamente interrelacionados, resultan especialmente relevantes. El primero es el modelo del *aprendizaje social*, cuyas principales premisas son (Jolin y Moose, 1997):

1) Que los comportamientos y estilos de maltrato en el hogar, como forma de control de la conducta de los otros, se aprenden del mismo modo que otras conductas violentas.

2) Que, para el *aprendizaje e inicio* de estos comportamientos, juegan un papel muy relevante los modelos paternos agresivos; es decir, que muchos agresores actuales (no todos) habrían aprendido estos estilos de conducta mediante la imitación de modelos familiares; en otras palabras, a partir del maltrato que ejercieron sus padres sobre sus madres, sus hermanos o ellos mismos.

3) Que los comportamientos de maltrato son funcionalmente *mantenidos a lo largo del tiempo* a partir de las consecuencias "positivas" que se derivan de éstos para el maltratador; fundamentalmente, en la medida en que, mediante los malos tratos, un individuo logra controlar (al menos, momentáneamente) la conducta de los otros (de su mujer o compañera, de sus hijos, etc.).

El modelo del aprendizaje social ha sido aplicado con éxito para explicar la agresión en la pareja por O'Leary (1988) a partir de análisis longitudinales. Según este autor, los principales factores que predecirían la agresión marital serían los siguientes: 1) la violencia en la familia de origen; 2) la conducta agresiva como estilo de personalidad; 3) el estrés; 4) el consumo abusivo de alcohol y drogas, y 5) que la relación sea

insatisfactoria.

El segundo modelo explicativo que realiza la interacción es el cognitivo o también llamado cognitivo-conductual. Su premisa principal establece que existe una estrecha vinculación entre (a) *emociones*, (b) *pensamientos* y (c) *conductas*. A modo de ilustración de esta perspectiva, se sugiere que en los agresores se establecerían secuencias emoción-pensamiento-comportamiento del siguiente tipo:

(a) emoción precipitada: "Observo que mi mujer ha comprado una alfombra nueva. ¿Cuánto le habrá costado? ¿No se da cuenta de que no llegamos a fin de mes? Esta mujer me irrita."

(b) pensamiento precipitado: "En verdad no hay quien pueda con ella por las buenas. ¡Tantas veces se lo he dicho! Aunque me duela, sólo entiende un lenguaje."

(c) conducta precipitada: Tras una nueva discusión acalorada al respecto, que va subiendo de tono, se precipita la agresión.

Estos dos modelos (de aprendizaje social y cognitivo) son formulados de manera integrada en la actualidad. Según ello, para comprender la agresión familiar son relevantes los dos siguientes aspectos: en primer lugar, los estímulos que preceden (y facilitan) la agresión y los que siguen a ésta (y la refuerzan y mantienen en el tiempo); en segundo término, las elaboraciones cognitivas y emocionales que el individuo realiza de tales estímulos en la interacción familiar. Es decir, qué sucede cuando una mujer y un hombre se relacionan y cómo ellos (y especialmente el agresor) interpretan lo que sucede.

Desde un enfoque aplicado, la perspectiva de la interacción -que aúna elementos cognitivos y de habilidades de los sujetos-, resulta la más prometedora (Saunders y Azar, 1989; Labrador et al., 2004). Las intervenciones o tratamientos tendrían como finalidad producir cambios relevantes en los estilos de pensamiento y de interacción de la pareja.

5. *Perspectiva jurídica clásica.* Al igual que en las explicaciones criminológicas en general, esta perspectiva no se dirige tanto a comprender los factores que precipitan el maltrato como a intentar su control. En síntesis, se encuadrarían en esta línea de pensamiento todas aquellas propuestas cuyo propósito es aumentar el grado de detección, denuncia, control y condena penal de los maltratadores familiares.

Es evidente que la generalidad de los ciudadanos coincidiríamos en la necesidad de atajar por la vía penal las situaciones graves de maltrato. Sin embargo, la amplificación ilimitada del control penal en este problema resultaría a todas luces ineficaz e insuficiente, tal y como ya viene sucediendo con otros problemas delictivos. Tirado Estrada (1998) ha puesto de relieve la inconveniencia de establecer medidas penales de excepción para los maltratadores domésticos, más allá de las previstas para la violencia en general, y, por el contrario, la conveniencia de aplicar "programas tendentes a favorecer su resocialización y rehabilitación, mediante -si es preciso- una especial atención psicológica" (pág. 6).

6. *Un modelo específico de la agresión conyugal*, ampliamente divulgado, es la *teoría del ciclo de la violencia* de Leonore E. Walker, que

no se dirige tanto a explicar las causas de la violencia familiar como el proceso en que la violencia en pareja suele producirse. Walker describe tres etapas principales en el maltrato conyugal (Walker, 1989, 2004): (1) la *acumulación de tensión*, en la que diversos actos específicos friccionan las relaciones de la pareja -en un gradiente que va desde las agresiones verbales a las físicas- y hacen que aumente su grado de crispación; (2) la aparición de un *incidente de violencia*, que lleva la crispación al límite y precipita la agresión, y (3) la eufemísticamente denominada etapa de *luna de miel*, tras el episodio violento, en la cual el agresor "se arrepiente" y promete cambiar (ser un buen marido, un buen padre, dejar de beber, etc.); la mujer cree en su sinceridad y, momentáneamente, parece restaurarse la armonía entre ellos. Sin embargo, al poco tiempo, los buenos propósitos decaen y comienzan a surgir nuevos episodios que acumulan nuevamente la tensión: el ciclo se reinicia y la intensidad del maltrato probablemente aumente con el tiempo.

3. Características y perfiles de los maltratadores.

Como resultado del análisis de distintas muestras de maltratadores, diversos investigadores han puesto de relieve la existencia de una serie de características psicopatológicas frecuentes en los maltratadores. La presencia de estos problemas psicopatológicos no justifica ni exculpa en absoluto el comportamiento violento de los maltratadores. Una cosa es el intento necesario de comprender científicamente los factores inmersos en este problema, con finalidades de prevención y tratamiento, y otra bien distinta el rechazo moral y penal que el maltrato comporta y debe comportar. Por otra parte, desde la propia perspectiva científica, las características y factores que ahora se comentarán no son necesariamente elementos causales o etiológicos del maltrato sino que más bien parecen mantener una relación bidireccional con la violencia. Dichas características psicopatológicas son las siguientes (Aguilar *et al.*, 1995; Browne, 1989; Echeburúa *et al.*, 2001; O'Leary, 1988; Matud *et al.*, 2002):

- Abuso de alcohol y otras drogas, que aparece en el 50-60% de los episodios de maltrato.
- Trastornos de personalidad, especialmente el Trastorno Antisocial de la Personalidad, el Trastorno Paranoide y el Trastorno Narcisista.
- Celos patológicos.
- Alteraciones en el control de los impulsos.
- "Analfabetismo emocional" y de la comunicación, en el sentido de dificultades para experimentar y comprender emociones cotidianas de la interacción humana, lo que incluye el dolor y sufrimiento de las víctimas.
- Sensibilidad extrema ante las frustraciones y contratiempos de la vida diaria.
- Fuertes distorsiones cognitivas, especialmente sobre las mujeres, así como autojustificaciones sobre el uso de la violencia.
- Fuerte tendencia a externalizar la responsabilidad de los problemas,

culpabilizando de ellos a otras personas (a su pareja).

- Cambios bruscos de humor.
- Baja autoestima.

Aunque las características comentadas son muy frecuentes, no están presentes en todos los casos y con igual intensidad. Como sucede en otros problemas criminales y de violencia, también los maltratadores familiares divergen entre ellos en distintos aspectos, lo que ha llevado a la definición de una serie de tipologías. A continuación se presenta, a partir de las principales tipologías formuladas, una clasificación de los maltratadores familiares en tres tipos principales, en los que podrían encuadrarse a la mayoría de los maltratadores (Dutton, 1997; Echeburúa *et al.*, 2001, resumiendo diversas tipologías; Matud *et al.*, 2002):

A) *Maltratadores impulsivos o centrados en la mujer:*

- Representarían entre el 17-45% del total
- Serían emocionalmente inestables, con cierta tendencia a la depresión
- Irrascibles, pudiendo pasar del control al enfado extremo
- Sujetos solitarios
- Hipersensibles a los pequeños desprecios
- Frecuente Trastorno Límite de la personalidad, lo que comporta inestabilidad e impulsividad
- Preponderancia en este tipo de maltrato psicológico, de menor violencia, y circunscrito al hogar

B) *Maltratadores instrumentales o generalizados:*

- Representarían en torno a un 25% del total
- Menores niveles de depresión y de ira
- Presencia de rasgos narcisistas y de posible manipulación psicopática: agraden a su pareja si ésta no satisface sus demandas, como modo de control
- Consumo abusivo de alcohol u otras drogas
- Preponderancia del maltrato físico
- Conductas antisociales más generalizadas, no limitadas al contexto familiar

C) *Maltratadores hipercontrolados:*

- Una pequeña proporción de los maltratadores
- Sujetos pasivos, dependientes y obsesivos
- Presentan mayores niveles de estrés psicológico
- Son, en general, menos violentos
- Utilizan prioritariamente el maltrato psicológico, como reflejo de sus carencias personales

4. Derivaciones aplicadas para la prevención de la violencia familiar

Las diferentes perspectivas explicativas que se han comentado, así como la constatación de la existencia de distintos tipos de agresores no tienen porqué resultar contradictorias entre sí, sino necesarias y complementarias para una comprensión más completa y matizada de este complejo problema. Una prevención integrada y global de la violencia de pareja y en la familia requerirá de intervenciones en diferentes niveles y con los distintos sujetos directamente implicados. Las perspectivas *cultural, estructural y jurídica* apuntan hacia la necesidad de intervenir sobre factores sociales de amplio espectro. Gelles y Cornell (citados por Browne, 1989) y en nuestro país Sariego y otras personas (Sariego *et al.*, 1998; Sariego, 1999), han propuesto, en el marco de la prevención primaria, actuaciones de gran alcance como las siguientes:

1) La violencia doméstica tiene un trasfondo cultural y social. Por ello, debe favorecerse la eliminación de las normas que legitiman y ensalzan la violencia dentro de la familia y de la sociedad en su conjunto (por ejemplo, los contenidos violentos en los mas-media o el uso de videojuegos de contenido violento).

2) En esta tarea deben jugar un papel importante los medios de comunicación, que "deben ayudar a educar en la no violencia, con programas públicos donde se explique cómo resolver los conflictos de forma distinta" (Sariego, 1999, pág. 1).

3) La reducción de los factores sociales que, como la pobreza o la desigualdad, pueden propiciar situaciones de estrés y violencia reactiva.

4) La incorporación de las familias de riesgo en sus redes comunitarias para reducir su aislamiento.

5) La eliminación de contenidos sexistas en los procesos educativos.

6) La ruptura de la transmisión intergeneracional de la violencia familiar enseñando a los padres caminos alternativos para educar y controlar a los hijos.

Por su parte, a partir de las perspectivas teóricas que hemos denominado *psicopatológica* y de la *interacción* pueden derivarse intervenciones con las víctimas y con los propios agresores familiares. De estas últimas, que constituyen el objetivo principal de este trabajo, vamos a ocuparnos a continuación.

5. Tratamiento de los agresores familiares

5.1. Clasificación de las medidas de protección y de los tratamientos

Los tres tipos de explicaciones teóricas en los que más frecuentemente se ha fundamentado el tratamiento de los agresores han sido el modelo de aprendizaje social, la hipótesis del déficit de habilidades sociales de los agresores y la perspectiva según la cual deberían erradicarse factores

externos estresantes tales como los problemas laborales y económicos o los relativos a la crianza de los hijos (Margolin *et al.*, 1988).

Una clasificación secuencial de las intervenciones posibles en situaciones de agresión familiar puede ser la siguiente (véase Saunders y Azar, 1989):

- I. Intervenciones de emergencia
 - A. Servicios telefónicos de ayuda a víctimas y agresores
 - B. Centros de acogida para víctimas
- II. Programas para víctimas
 - A. Asistencia legal
 - B. Consejo
 - C. Formación e inserción laboral
- III. Programas para agresores

La clasificación más sencilla de las intervenciones con los agresores de mujeres ha consistido en dividir las en medidas legales/punitivas y medidas psicoeducativas (Margolin *et al.*, 1988). Esta división lleva implícito un conflicto entre los objetivos fundamentales que persiguen unas y otras (Ohlin y Tonry, 1989): mientras que para las víctimas y para una parte importante de la opinión pública la agresión familiar es, ante todo, un delito que debe ser perseguido penalmente, otro sector opina que es prioritario preservar la institución familiar de ingerencias externas (los servicios sociales o la justicia), ya que su intervención tendría como resultado exacerbar los conflictos existentes.

5.2. Medidas de carácter legal.

Las principales medidas de carácter legal incluyen el alejamiento o la detención y condena de los agresores. Algunas investigaciones norteamericanas han evaluado los efectos de esas medidas punitivas sobre la prevención especial. Tolman y Weiz (1995) evaluaron la efectividad de un programa en el cual se detuvo y procesó a los agresores familiares de una determinada ciudad. El seguimiento efectuado durante los dieciocho meses posteriores a la detención mostró una reducción significativa de la violencia doméstica, reducción que se mantuvo estable durante dicho periodo. Además, paradójicamente, la detención produjo mayores efectos disuasorios en aquellos individuos que ya tenían antecedentes policiales por violencia familiar que en los sujetos detenidos por primera vez. No conocemos la existencia de evaluaciones sistemáticas del uso de medidas penales en España.

5.3. Medidas psicoeducativas con los agresores.

Las medidas psicoeducativas o de tratamiento suelen incluir intervenciones de carácter psicológico, social y educativo. Pueden dividirse, desde la perspectiva de los sujetos tratados, en cuatro grupos (Sedlack, 1988):

- 1) Consejo individual (*counselling*) con el agresor.

- 2) Terapia de grupo con agresores.
- 3) Terapia con una sola pareja.
- 4) Terapia de grupo con varias parejas.

En cuanto al formato de las intervenciones con los agresores, se han realizado en general los méritos de las intervenciones de grupo debido a que logran romper el aislamiento y reducen la dependencia de la pareja, ayudan a los hombres violentos a reconocer su problema de falta de control, facilitan modelos de conducta y nuevas perspectivas para el cambio de su propio comportamiento y permiten practicar dentro del grupo las nuevas habilidades adquiridas (Sedlack, 1988).

Desde la perspectiva del tipo de cambios que deben priorizarse mediante el tratamiento, existió en años pasados una cierta polémica teórica en torno a si se debía poner el énfasis en el cambio de actitudes y creencias (que podían justificar la violencia ejercida por el sujeto) o más bien directamente en la mejora de las habilidades y conductas no violentas. Sin embargo, este debate tuvo un cariz meramente teórico, ya que, en general, los programas de tratamiento suelen incluir ambos componentes.

En relación con la enseñanza de nuevas habilidades, los objetivos habituales del tratamiento han consistido en enseñar a los sujetos a reconocer las situaciones estresantes que pueden precipitar su conducta violenta, a controlar sus explosiones de ira, a aumentar su asertividad (es decir, a expresar sentimientos de manera franca pero no violenta), y a mejorar sus habilidades de comunicación y sus habilidades de resolución de conflictos.

Por su lado, los tratamientos que priorizan el cambio de actitudes y cogniciones se han dirigido a cambiar en los agresores sus distorsiones o errores perceptivos en relación con los roles sexuales, a mejorar su comprensión de los factores sociales y personales que favorecen la agresión a las mujeres, y a incrementar su conciencia emocional. Para ello, se han utilizado técnicas de mejora de la empatía, reestructuración cognitiva y terapia de realidad, cuyo propósito es la responsabilización del sujeto.

5.4. Tratamientos cognitivo-conductuales

Los denominados tratamientos cognitivo-conductuales integran ambas perspectivas, teniendo como objetivo tanto el cambio de actitudes y creencias favorecedoras de la violencia como de los comportamientos y hábitos violentos. Estos tratamientos, que pueden utilizarse tanto con sujetos aislados como con grupos de agresores o con grupos de parejas, son los más utilizados en la actualidad. Suelen incorporar distintas técnicas, entre las que se encuentran las siguientes (Saunders y Azar, 1989):

- 1) Autoobservación y registro de las emociones de ira.
- 2) Desensibilización sistemática y relajación (para rebajar la ansiedad de los sujetos).
- 3) Modelado de comportamientos no violentos o práctica de los mismos mediante *role playing* o juego de roles.

- 4) Reforzamiento diferencial (mediante consecuencias gratificantes) de respuestas no violentas.
- 5) Entrenamiento en habilidades de comunicación.
- 6) Reestructuración cognitiva, para modificar estructuras de pensamiento sexista y de justificación de la violencia.
- 7) Mejora de sus capacidades para anticipar situaciones y factores precipitantes de la agresión.
- 8) Interrupción de los comportamientos agresivos mediante técnicas de "tiempo muerto" (*time out*) (es decir, enseñándoles a abandonar inmediatamente una situación de tensión emocional, yéndose por ejemplo a dar un paseo).

En España, dos de los programas más importantes de intervención sobre la violencia familiar en el contexto comunitario son los desarrollados por Echeburúa, de Corral y colaboradores en el País Vasco, descritos de manera amplia en su *Manual de violencia familiar* (Echeburúa y de Corral, 1998) y resumidamente en el *Boletín Criminológico núm. 40* del Instituto de Criminología de Málaga (Echeburúa y de Corral, 1999). Uno de estos programas se dirige a las mujeres víctimas de violencia familiar y otro al tratamiento de los agresores. Las principales consideraciones y conclusiones de estos autores sobre el tratamiento de agresores son las siguientes:

- El tratamiento de la agresión familiar debe hacerse de manera integrada, es decir, abordando las diversas problemáticas y agentes implicados: víctimas, agresores, hijos; problemas jurídicos, económicos y psicológicos.

- Echeburúa y de Corral insisten en la necesidad de la aceptación voluntaria del tratamiento por parte de los agresores. Su experiencia les indica que "las tasas de éxito de los pacientes derivados del juzgado o sometidos obligatoriamente a tratamiento son muy bajas" (Echeburúa y de Corral, 1999, pág. 3).

- Su intervención (en un marco grupal o individual y una duración de 10 a 15 sesiones) se dirige a enseñar a los agresores habilidades para interrumpir la agresión, encarar los celos, controlar la bebida, corregir sus distorsiones cognitivas, solucionar problemas interpersonales, aprender relajación, y controlar la ira y los impulsos.

- La tasa de rechazos o abandonos del programa de agresores aplicado en la comunidad es del 48%. Por tanto, completan el programa el 52% de los sujetos.

- De los sujetos tratados (o sea, del 52% del total) informan de una tasa de éxito (es decir, de no repetición del maltrato) del 81% al finalizar el programa y del 69% a los tres meses de seguimiento.

Más recientemente, Echeburúa, Amor y Fernández-Montalvo (2002) han elaborado una nueva versión de su programa de maltratadores para ser aplicada en diversos centros penitenciarios españoles y, también, para su uso general como manual de autoayuda. Dicho programa consta de los siguientes seis ingredientes:

1) *Aceptación de la propia responsabilidad*, cuyo objetivo es que los sujetos caigan en la cuenta de la realidad de su comportamiento violento y se responsabilicen del mismo, como punto de partida para cambiarlo.

2) *Empatía y expresión de emociones*, dirigido a que amplíen su repertorio emocional y aprendan a pensar y "sentir" acerca del daño y sufrimiento que su comportamiento produce a sus parejas, a sus hijos, etc.

3) *Creencias erróneas*, destinado a "reestructurar" y cambiar todos aquellos pensamientos y creencias sexistas y justificadoras del uso de la violencia que tienen muchos agresores.

4) *Control de emociones*, de modo que los agresores aprendan, mediante el uso de autoinstrucciones y relajación, modos de detener o interrumpir sus emociones de ira y agresión.

5) *Desarrollo de habilidades*, que les permita expresar sus deseos y necesidades, y también su enfado, de modo asertivo, es decir sincero pero no violento.

6) *Prevención de recaídas*, cuya finalidad es que los agresores aprendan a anticipar y controlar posibles situaciones y emociones de riesgo, que en el pasado han antecedido a sus agresiones y las han precipitado.

5.5. Efectividad de los programas aplicados.

En relación con la efectividad de los programas aplicados, los datos de que se dispone hasta ahora informan de una efectividad modesta aunque real: en decenas de estudios evaluativos revisados por Saunders y Azar (1989) las tasas de reincidencia -especialmente en agresión física- fueron inferiores en los grupos tratados que en los controles. Los tratamientos fueron, en cambio, menos efectivos para reducir la violencia psicológica. Sin embargo, es verdad que muchos de los programas aplicados hasta la fecha no han sido, por lo general, suficientemente intensos, o muchos sujetos los han abandonado antes de su finalización. Además, los estudios de seguimiento no han tenido tampoco la suficiente duración para comprobar la efectividad a largo plazo. Por todo ello, aunque se cuenta con programas prometedores, en el futuro deberán aplicarse con mayor integridad y evaluarse de manera más precisa.

Uno de los proyectos más ambiciosos de evaluación de programas para agresores familiares ha sido el desarrollado en Canadá por Lemire, Rondeau, Brochu *et al.* (1996) en la Universidad de Montreal. Estos autores han revisado 126 estudios evaluativos y han comparado las peculiaridades y la efectividad de los programas aplicados en la comunidad y de los aplicados en el marco del sistema de justicia (especialmente, dentro de las prisiones). La mayoría de los programas revisados por ellos han seguido el modelo cognitivo-conductual, aunque también se encuentran referencias al análisis feminista de la violencia, y a los modelos psicológicos psicodinámico y sistémico. Desde una perspectiva histórica, en primer lugar se aplicaron programas en la comunidad y, posteriormente, de éstos se derivaron programas para su aplicación en instituciones correccionales. Entre las conclusiones principales de la revisión de Lemire *et al.* (1996)

figuran las siguientes:

1) En lo concerniente a la voluntariedad o no de los programas de tratamiento, estos autores defienden la necesidad de adoptar una perspectiva realista: es evidente que muchos agresores no reconocen la existencia del problema y no tienen motivación genuina para el cambio de conducta. Por ello, en palabras de Lemire *et al.* (1996), "¡con frecuencia es necesario ayudar a la naturaleza!". Esto es, confrontar a estos agresores a la necesidad de efectuar cambios en su vida y en su comportamiento participando activamente en un programa de tratamiento. Esta motivación extrínseca puede ser estimulada por la propia pareja, por la familia, por los amigos y, también, por la justicia. Por esta misma postura se decanta Benítez (2004).

2) Los programas correccionales deben dirigirse a atajar tanto la violencia física como la violencia psicológica.

3) Consideran muy importante la implicación de las familias en el marco del programa de tratamiento.

4) Por último, concluyen que muchos programas de tratamiento con agresores familiares están obteniendo resultados prometedores que se concretan en la mejora de sus habilidades prosociales para la vida en pareja y en reducciones significativas de las tasas de reincidencia en el maltrato.

6. Conclusión.

En este artículo se ha puesto de relieve la complejidad etiológica del maltrato en la pareja y se han comentado brevemente los modelos explicativos actuales, que priorizan un determinado tipo de factores (culturales, psicopatológicos, interacción, etc.). En el ámbito de la explicación, un importante reto para el futuro es la generación de modelos explicativos que integren tanto las dimensiones individuales del problema (características de los agresores, tales como su impulsividad, sus particulares historias vitales, sus distorsiones cognitivas, etc.) con los factores ambientales y sociales que favorecen la adquisición y el mantenimiento de hábitos agresivos y de maltrato en las relaciones de pareja (modelos familiares agresivos, valores sexistas, etc.).

Desde la perspectiva de la prevención y la intervención sobre el problema, los maltratadores constituyen un objetivo necesario, y los programas con ellos deberían atender a dos retos importantes: el primero, el logro de un paulatino mayor ajuste de la intensidad y cualidad de las intervenciones con las tipologías y necesidades de los agresores; además, dada la magnitud social de este problema, las intervenciones deberían ampliarse y diversificarse, tanto en la propia comunidad, cuando se detectan los primeros indicios de maltrato o cuando éste está escalando en frecuencia y gravedad, como en las prisiones, en donde probablemente acabarán ingresando los maltratadores más graves.

Referencias

- Aguilar, S., Cerezo, A.I., Díaz, S., Díaz, C., Espinosa, I., López, J.A., López, R., y Palma, E. (1995). Actuaciones policiales en riñas domésticas. *Boletín Criminológico*, 9, Abril.
- Ashworth, A. (1997). Re-thinking Domestic Violence: Where Next in Family Court Welfare Practice? *Probation Journal*, vol. 44, núm. 3, Septiembre. 139-143.
- Benítez, M.J. (1999). Violencia intrafamiliar: la mujer maltratada. En C. Rechea Alberola (Dir.): *La criminología aplicada II* (págs. 273-293) (*Cuadernos de Derecho Judicial*). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Benítez, M.J. (2004). *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar: Cambios sociales y legislativos*. Madrid: Edisofer, S.L.
- Bersani, C.A., y Chen, H. (1988). Sociological Perspectives in Family Violence. En V.B. Van Hasselt, R.L. Morrison, A.S. Bellack, y M. Hersen *Handbook of Family Violence*. Nueva York: Plenum Press.
- Browne, K.D. (1989). Family Violence: Spouse and Elder Abuse. En K. Howells y C.R. Hollin (Eds.) *Clinical Approaches to Violence*. Nueva York: John Wiley & Sons.
- Echeburúa, E., y de Corral, P. (1998). *Manual de violencia familiar*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores.
- Echeburúa, E., y de Corral, P. (1999). Programas de intervención para la violencia familiar. *Boletín Criminológico*, nº 40, Marzo-Abril.
- Echeburúa, E., Amor, P.J., y Fernández-Montalvo, J. (2001). ¿Por qué hay que tratar psicológicamente a los hombres violentos en el hogar? En varios autores, *El tratamiento penitenciario: Posibilidades de intervención* (págs. 31-52). 1as Jornadas de la Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias. Málaga: ATIP.
- Echeburúa, E., Amor, P.J. y Fernández-Montalvo, J. (2002). *Vivir sin violencia*. Madrid: Pirámide.
- Fuertes Pérez, A. (1995). Datos estadísticos de seguridad ciudadana. Una vía de aproximación en la búsqueda del conocimiento del fenómeno de la violencia en la red familiar. *Anuario de Psicología Jurídica*. 137-166.
- Jolin, A., y Moose, C.A. (1997). Evaluating a Domestic Violence Program in a Community Policing Environment: Research Implementation Issues. *Crime & Delinquency*, vol. 43, núm 3, Julio. 279-297.
- Klein, D. (1981). Violence against Women: Some Considerations Regarding its Causes and its Elimination. *Crime & Delinquency*, vol. 27, núm 1, Enero. 64-80.
- Labrador, F.J., Rincón, P.P., de Luis, P., y Fernández-Velasco, R. (2004). *Mujeres víctimas de la violencia doméstica: Programa de actuación*. Madrid: Pirámide.
- Lemiré, G., Rondeau, G., Brochu, S., Schneeberger, P., y Brodeur, N. (1996). Les programmes de traitement pour hommes violents: du communautaire au correctionnel. *Revue canadienne de criminologie*, vol. 38, núm. 1, Enero. 33-59.

- Leonard, K.E., y Jacob, T. (1988). Alcohol, Alcoholism, and Family Violence. En V.B. Van Hasselt, R.L. Morrison, A.S. Bellack, y M. Hersen *Handbook of Family Violence*. Nueva York: Plenum Press.
- Maquieira, V., y Sánchez, C. (Coord.) (1990). *Violencia y sociedad patriarcal*. Madrid: Editorial Pablo Iglesias.
- Margolin, G., Sibner, L.G., y Gleberman, L. (1988). Wife Battering. En V.B. Van Hasselt, R.L. Morrison, A.S. Bellack, y M. Hersen *Handbook of Family Violence*. Nueva York: Plenum Press.
- Martín Barroso, C., y Laborda Rodríguez, R. (1996/1997). Los malos tratos a la mujer. *Ciencia Policial*, 39, 187-204.
- Ohlin, L., y Tonry, M. (1989). Family Violence in Perspective. En L. Ohlin y M. Tonry (Eds.). *Family Violence*. 1-18. Chicago: The University of Chicago Press.
- O'Leary, K.D. (1988). Physical Aggression between Spouses. En V.B. Van Hasselt, R.L. Morrison, A.S. Bellack, y M. Hersen *Handbook of Family Violence*. Nueva York: Plenum Press.
- Pont, M.A., y Parès, A. (1995). Els maltractaments a dones en l'àmbit domèstic. *Barcelona Societat*, núm 3. 44-52.
- Ruidíaz, C. (1996). Violencia en la familia: una visión sociológica. *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 60, 789-794.
- Sariego, J.L., Alonso, A., Pujol, C., Carracedo, R., y González, B. (1998?). Apuntes sobre las causas de la violencia doméstica. Alternativas.
- Sariego, J.L. (1999). Ideas para un proyecto de trabajo en relación a la violencia doméstica y conductas violentas hacia mujeres ejercida por hombres. Documento inédito.
- Saunders, D.G., y Azar, S.T. (1989). Treatment Programs for Family Violence. En L. Ohlin y M. Tonry (Eds.). *Family Violence*. 481-546.
- Sedlack, A. (1988). Prevention of Wife Abuse. En V.B. Van Hasselt, R.L. Morrison, A.S. Bellack, y M. Hersen *Handbook of Family Violence*. Nueva York: Plenum Press.
- Smith, L.J.F. (1993). *Domestic Violence: an overview of the literature*. Estudio núm. 107 del Home Office Research. Londres: HMSO.
- Thiebaut, M.P. (1988). La violencia en el seno de la familia. *Cuadernos de Acción Social*, núm 12. 38-45.
- Tirado Estrada, J.J. (1998). Violencia en el hogar y medidas cautelares en el proceso penal. *Boletín de Información*, núm. 1820. 939-947.
- Tolman, R.M., y Weisz, A. (1995). Coordinated Community Intervention for Domestic Violence: The Effects of Arrest and Prosecution on Recidivism of Woman Abuse Perpetrators. *Crime & Delinquency*, vol. 41, núm. 4, Octubre. 481-495.
- Wallace, H. (1996). *Family Violence: Legal, Medical, and Social Perspectives*. Boston: Allyn and Bacon.

Este trabajo fue facilitado por el autor, para su eventual publicación, como parte de los insumos de la consultoría sobre "Criminología aplicada a la labor del Juez Penal" (noviembre de 2004). Dicha actividad se realizó dentro del Programa de Formación Inicial para Jueces (PFI), con el apoyo del Real Gobierno de los Países Bajos (Holanda-PNUD).

3. El interrogatorio del perito en el debate. Una configuración desde el sistema adversarial.

Lic. Carlos Ernesto Sánchez Escobar
Capacitador de la Escuela de Capacitación Judicial y
Juez del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador.

A mi esposa.

*"Mujer virtuosa, ¿quién la hallará?
Porque su estima sobrepasa largamente a la de las piedras preciosas."*
Proverbios 31, 10.

SUMARIO.

Exordio. 1. La pericia. I. Concepto. 2. La función del perito. I. Aspectos generales. II. La función del perito como órgano de prueba. 3. El acto pericial. I. Verificación y examen de elementos. II. La deliberación. III. El dictamen. 4. Valoración de la pericia. 5. Fases del peritaje en el proceso penal. I. La pericia en la fase de investigación e instrucción. II. La pericia en el juicio. 6. El interrogatorio del perito. I. La preparación del testimonio del perito. II. La preparación general de la declaración. III. La preparación del testimonio del perito en específico. 7. Forma del interrogatorio pericial. El examen directo. I. Cualificación personal. II. Cualificación del testimonio de opinión. III. El interrogatorio directo del perito. 8. El contrainterrogatorio del perito. I. La estructura del contrainterrogatorio del perito. II. Reglas específicas sobre el contrainterrogatorio del perito. III. Aspectos de impugnación del perito mediante el contrainterrogatorio. 9. El aseguramiento de la calidad en la pericia. I. Aseguramiento de la calidad respecto de la persona del perito. II. Aseguramiento de la calidad en la metodología de la pericia. III. El aseguramiento de la calidad en áreas especializadas. Conclusiones. Bibliografía.

Exordio.

El contenido de este artículo refleja la disertación "Interrogatorios de Peritos" que, en términos generales, presenté en el Primer Congreso de Ciencias Forenses celebrado en Santo Domingo de Heredia en Costa Rica, y al cual tuve el honor de concurrir representando a la República de El Salvador, por una dilecta invitación de la Corte Suprema de Justicia, la Escuela Judicial, el Organismo de Investigación Judicial, el Departamento de Ciencias Forenses y la Asociación Costarricense de Profesionales en Ciencias Forenses todos ellos de la República de Costa Rica.

Con la presente aproximación, se tiene por objeto reflexionar, sobre un aspecto importante en la demostración de ciertos hechos en juicio, que requieren de la incorporación de información probatoria, sustentada en la opinión de personas expertas, que en virtud de sus conocimientos especiales en una ciencia, disciplina, técnica o por la experiencia en arte u oficio declaran como peritos en un juicio penal.

Ciertamente debemos de reconocer que la declaración del perito en el juicio, es fundamental para encontrar la verdad forense que es controvertida, siendo relevante señalar que en la gran mayoría de casos penales, se necesita del concurso de estos expertos para que, conforme

a su conocimiento y opinión, puedan declarar sobre los hechos investigados y enjuiciados.

La prueba pericial no sólo es necesaria, sino que es fundamental para que el proceso penal alcance sus fines esenciales, como lo son: encontrar al culpable del hecho imputado o desvanecer una acusación en contra de una persona; en muchos casos, la prueba pericial abona de manera decisiva, sobre cualquiera de las circunstancias anteriormente señaladas, y ello le da solidez a un caso sometido por las partes litigantes ante el tribunal.

Siendo tan importante la prueba pericial, conviene indicar que, el informe que se presenta por el perito, no constituye en toda su dimensión la pericia como un elemento de prueba; el informe —a nuestro juicio— se completa con el interrogatorio del perito en juicio; y ello, permite sostener que tal interrogatorio, sea un acto de suma trascendencia, que no puede quedar librado al azar, a la imprevisión, o a la rutina del ejercicio de postular por las partes, que presentan su caso en estrados.

Lo anterior justifica —dado su trascendencia— las consideraciones presentes, por cuanto, la formulación del interrogatorio directo por parte de quien presenta al perito, y el contrainterrogatorio del mismo por la parte adversaria, son actos de preparación del caso penal, que deben ser planificados sistemáticamente, tanto para acreditar la pericia como para desacreditarla.

Y la mejor ocasión para ello, radica en la oportunidad de confrontación de la prueba pericial, mediante la técnica del interrogatorio y del contrainterrogatorio que tiene lugar en el juicio oral; precisamente sobre esos tópicos es que la presente disertación pretende aportar algunos insumos básicos, para desarrollar las técnicas de interrogatorio desde un modelo adversativo.

En tal sentido, y de manera introductoria, se expone brevemente, el concepto de pericia y la función del perito en su actividad; se formulan algunas concreciones sobre el llamado acto pericial; y se desarrolla de manera sucinta, algunos aspectos sobre la valoración de la pericia como elemento de prueba. Se exponen las fases, del peritaje en el proceso penal.

Posteriormente, se realizan las disquisiciones sobre el aspecto medular de la temática que se examina, el cual radica en el interrogatorio del perito; y cuál es la forma de dicho interrogatorio. Se presenta lo relativo al interrogatorio directo, así como al contrainterrogatorio, examinándose los aspectos principales que deben ponderarse en ambas técnicas de presentación y refutación de la prueba pericial desde la litigación oral. Por último se agregan algunos aspectos sobre la importancia del aseguramiento de la calidad, respecto de la prueba pericial.

1. La pericia.

1.1. Concepto.

Son diversos los conceptos que se pueden anticipar respecto de la prueba pericial y del perito, su temática es una de las más abundantes

en la sistemática del Derecho Procesal Penal, es por ello que no se pretende agotar en este ámbito, la cuestión de la definición de la prueba pericial y del perito, sino únicamente formular una aproximación, teniendo en cuenta que la prueba pericial, es un medio de prueba, y en ese caso el perito, constituye el denominado órgano de prueba, y la pericia en concreto, será el elemento de prueba que se incorpora; y que precisamente dicha prueba pericial, es autónoma de los otros medios probatorios y presenta sus propias peculiaridades.

De ahí que, es posible aproximar los siguientes conceptos, respecto de los tópicos anteriores: por la prueba pericial se ha entendido, que es *"el medio probatorio, con el cual se intenta obtener, para el proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba"*.

De manera más clásica, Florián ha definido la prueba pericial en el sentido siguiente: *"peritación es el medio particular para transmitir y aportar al proceso nociones técnicas y objetos de prueba, para cuya determinación y adquisición se requiere de conocimientos especiales y capacidad técnica"*.

Sobre la prueba pericial, se ha dicho también que esta constituye: *"el procedimiento regulado legalmente para obtener en el proceso conclusiones probatorias a través de peritos. La operación integral se conoce por pericia o peritación, y tiene fundamentalmente importancia en el proceso penal, para la determinación de diversos hechos o circunstancias"*.

En parte del sistema continental se ha entendido por perito a la persona con: *"conocimientos científicos o artísticos de los que el juez por su específica preparación jurídica puede carecer, llamada al procedimiento especializada para apreciar, mediante máximas de experiencia que ha sido adquirida con anterioridad por otros medios de averiguación y sean de interés o necesidad para la investigación"*.

En nuestro ámbito procesal, se ha dicho que la prueba de peritos *"es un medio de prueba de carácter personal que se utiliza cuando para apreciar los hechos y circunstancias relacionadas con el delito sean necesarios o convenientes conocimientos científicos, artísticos o técnicos"*.

De manera precisa, respecto de la prueba pericial, conjugando los tópicos de objeto, órgano, elemento y medio de prueba, se ha resumido lo siguiente: *"La pericia en general consta de varios momentos. Tiene un objeto representado por el contenido: es decir, el hecho o la circunstancia que se propone al conocimiento del juez, termina en un órgano que se identifica en la persona, que es el elemento intermedio entre el objeto de prueba y el juez, y que se presenta a éste último el conocimiento del objeto de prueba, pero para ello necesita de un medio constituido por el modo como, el objeto de prueba que llega al juez"*.

De manera clásica sobre la pericia en general se ha dicho, que los actos que el perito realice después de su estudio, análisis o experimentación, los cuales constan en un dictamen, informe o declaración

son: "además de un medio de prueba, un elemento de subsidiario para la valoración de una duda, por lo que a veces se ha pretendido caracterizar al perito más como un auxiliar del órgano jurisdiccional que como sujeto que lleva a cabo la práctica de un determinado medio de prueba".

Sin embargo, esta noción bastante vetusta debe ser superada, puesto que el perito, propiamente no es un auxiliar de los tribunales, su labor no se reduce a ese ámbito, sobre todo cuando, los modelos de procesamiento se han simplificado, y se ha evolucionado a una visión adversarial, de ahí que el perito y el peritaje, sirva a los fines comunes de las partes adversarias, las cuales tienen iguales derechos para ser asistidos en la sustentación de sus casos.

Modernamente se sostiene la autonomía de la prueba pericial, con lo cual se enfatiza en el sentido que el perito ya no debe ser considerado un auxiliar del tribunal; en tal sentido nos parece esclarecedora la argumentación que Jauchen sostiene afirmando que: "Si bien el peritaje puede tener ciertas similitudes con el testimonio y la inspección judicial, lo cierto es que tiene una autonomía bien clara y delimitada con respecto a cualquier otra prueba, diferenciadora de todas ellas, y que la erigen como un específico medio de prueba en cuanto a su naturaleza jurídica (...) El perito se erige como el órgano de la prueba colaborando con sus cualidades en la adquisición de ésta. Y la pericial es un medio de prueba autónomo".

2. La función del perito.

2.1. Aspectos Generales.

Podemos afirmar entonces que el perito, es el sujeto que como persona física, se constituye en órgano de prueba dentro del proceso penal, aportando sus conocimientos especializados en ayuda de la justicia, en tal sentido colabora con los fines del proceso.

Puede definirse como perito, a la persona física, particular o funcionario público, que es nombrado en un proceso penal por el Juez, en virtud de sus competencias en un campo de la ciencia, la técnica o el arte, a fin de que pueda auxiliar a éste, en el descubrimiento o valoración de un elemento de prueba.

Lo anterior es sin perjuicio de que, cuando se trata de actos urgentes de investigación, la pericia pueda ser realizada por designación del funcionario a quien corresponde la dirección de la investigación, en este caso los agentes del ministerio fiscal; pero ello debe quedar claro, procede únicamente cuando se está iniciando la investigación, y para aquellos actos que son urgentísimos (autopsia, reconocimiento de lesiones, reconocimiento de genitales) para los cuales, a los fines de la investigación del delito, la habilitación es legítima, si quien lo ordena, es un agente de la Fiscalía con capacidad para ejercer la acción penal.

En cambio, cuando el acto de obtención de prueba es posterior a los actos urgentísimos, el nombramiento de peritos, ya no corresponde al ministerio fiscal, sino al juez; como cuando posterior a la investigación

inicial, y a los actos de extrema urgencia, se identifica al imputado, o cuando las actuaciones ya han pasado a sede judicial.

Se había adelantado, que el perito es el órgano que efectúa la prueba, o estudio de lo que es sometido a su análisis, así lo reafirman varios autores, en el sentido de que es un verdadero órgano de prueba, por ello se indica que: "Órgano de la peritación es el perito que al dictaminar introduce sus conclusiones técnicas en el proceso. Sustancialmente es el experto en un arte, oficio, ciencia o técnica y adquiera categoría procesal cuando es nombrado para que en un proceso dictamine con fines de prueba".

2.2. La función del perito como órgano de prueba.

En cuanto a las funciones del perito, se señala que el aporte del mismo en su rol de órgano de prueba, se circunscribe a tres aspectos:

- (a) el perito informa al tribunal, respecto de los principios generales, fundados en la experiencia de sus conocimientos especiales.
- (b) el perito tiene por labor, comprobar los hechos que solamente pueden ser observados o comprendidos, por su especial competencia en un área del conocimiento, técnica, arte o disciplina humana;
- (c) el perito debe extraer conclusiones de hechos, que solamente pueden ser inducidos y averiguados, en virtud de esas competencias especiales en áreas específicas del saber humano.

Debe estimarse que el perito, es quien posibilita a la autoridad jurisdiccional, la correcta valoración de los hechos y circunstancias establecidas en el proceso penal, en materia de prueba de esa especie, porque posee conocimientos especiales en una rama del saber, ciencia, arte o técnica que el juez no posee, pero que éste necesita para resolver correctamente el asunto pendiente.

Conforme a lo anterior, se ha señalado que, aún cuando el juez tenga conocimientos especializados, el mismo no puede suplir al perito, por cuanto el "conocimiento privado del juez" en materia probatoria está proscrito, en tanto afecta los principios de necesidad y objetividad de la prueba, y vulnera el derecho de defensa de las partes, así como el principio de imparcialidad del juez. De ahí que la prueba es obtenida en el proceso de una manera formalizada que implica la contradicción y confrontación entre las partes, con la finalidad de persuadir al juez de la eficacia de la misma para probar ciertos hechos que se afirman.

3. El acto pericial.

Cuestión fundamental es el acto pericial, en el mismo radica la esencia de la pericia, el mismo por su naturaleza no es uniforme. Lo anterior significa que aunque todo acto pericial pueda ser estructurado de una forma general, la práctica de la experticia, se corresponderá con su propia naturaleza. No obstante estas particularidades, es posible conformar el acto pericial, por diversas etapas, las cuales pueden ser abreviadas en las

siguientes:

3.1. La verificación y examen de elementos.

Se indica respecto del mismo que es el inicio de las operaciones por parte del experto, las cuales pueden ser realizadas en presencia de los consultores técnicos de las partes, los cuales, pueden proceder a efectuar las preguntas y observaciones que consideren necesarias, y que el experto deberá responder de acuerdo con su conocimiento o en todo caso hacerlas constar en el acto que realiza.

Debe señalarse que esta actividad, se desarrolla propiamente en la pericia, no así en los llamados actos urgentísimos, en los cuales se trata de actos periciales, pero en una fase de investigación en la cual no es posible la realización de ese acto, con inmediatez de las partes (por ejemplo: autopsia, reconocimiento de lesiones); por otra parte, también debe distinguirse que tratándose de determinadas pericias, no es posible la presencia de las partes, en virtud de las peculiares condiciones del peritaje, por ejemplo reconocimiento de genitales, pericias psicológicas o psiquiátricas.

Normalmente estos actos se realizan en la etapa instructoria del proceso penal y en condiciones que, para garantizar la eficacia y suficiencia de la pericia, requieren en muchos casos, —la mayoría de ellos— condiciones especiales de laboratorio, por que precisamente las pruebas que se verifican, requieren no sólo de una pureza en cuanto a su práctica, sino que en muchos casos de la certificación de la calidad de las operaciones técnicas que se realicen.

3.2. La deliberación.

Es un estadio del acto pericial, reservado exclusivamente al o los peritos, donde no participa tercero alguno, es un instante reflexivo, por el cual, el perito en un tiempo que el mismo debe determinar, y en una situación de aislamiento, reflexiona respecto de las conclusiones a las cuales debe arribar, mismas que posteriormente, plasmará en un dictamen.

Ciertamente, la complejidad de la pericia indicará el grado de deliberación que requiera el perito, para asumir una conclusión determinada; es decir, el período por el cual, el perito llegue a un determinado convencimiento, lo indicará el grado de dificultad de la pericia, y ello es un punto también importante, para la acreditación del peritaje; pero recalamos, no hay una determinación precisa de ese período, es decir coloquialmente "un temporómetro" para determinar en qué período se realizará un informe pericial.

La necesidad del tiempo por el cual un perito pueda arribar a conclusiones sobre los hechos sometidos a su consideración, dependerá de las características particulares del caso, y la competencia, conocimiento, experiencia, y habilidades del perito, en relación al caso que particularmente

dictamina.

3.3. El Dictamen.

Es la opinión del acto pericial. Es decir, la actuación por la cual, se concretiza la opinión del perito, sobre de los tópicos, que fueron sometidos a su consideración, para que emitiera opinión experta, respecto de los mismos.

Debe tenerse en cuenta, en lo relativo al dictamen pericial —sobre todo en un sistema con características adversariales— que el acto pericial, no se agota con el dictamen escrito del perito, puesto que el interrogatorio oral del experto en el debate, es parte sustancial de la pericia, de ahí que, el informe escrito, sólo constituya un soporte documental, sin que por ello constituya una prueba de esa especie.

En tal sentido, el informe técnico del perito, es parte de la pericia, pero no lo es todo, la declaración en el debate, es lo que culmina la prueba pericial, y ello es necesario cuando las partes así lo requieren, para preservar en todo su alcance el derecho de defensa, pues el juicio, es el momento culminante, para controvertir la prueba pericial; sin embargo, si las partes no requieren la declaración oral del perito, la pericia en tal caso, se reduce al dictamen que se ha elaborado por escrito.

El dictamen requiere desde el punto de vista legal, una serie de presupuestos que deben colmarse, en tal sentido se requiere:

- que su documentación sea por escrito o que se haga constar por acta. Siendo la pericia un acto formal, sobre todo cuando acontece en la instrucción, se documenta de una manera específica, por medio del informe pericial, el cual debe cumplir con los requisitos del artículo 206 CPP.
- debe indicarse la descripción del objeto de la pericia, al momento de ser observado por el perito en su examen. Dicho "objeto", puede ser de distinta naturaleza: una persona, un cadáver, un documento, un arma de fuego, una huella, un prenda de vestir, una joya, sangre, semen, droga, etcétera; lo que se requiere es que el perito, describa con absoluta precisión y detalle, el objeto —en términos probatorios— de su peritación, lo anterior incluye la descripción actual del mismo;
- la relación minuciosa, de todas las operaciones técnicas que practicó el perito, en relación con el objeto de prueba sometido a su análisis; los resultados obtenidos a partir de esa actividad, y la fecha en que se practicó la pericia, si ésta es compleja, debe incluirse fecha de inicio y de finalización;
- en caso de haber concurrido consultores técnicos, las observaciones que hayan efectuado; es decir el perito relacionará cuales han sido las consideraciones que respecto de la pericia han señalado quienes han actuado en calidad de consultores técnicos.
- las conclusiones a las cuales arriba el perito. Este aspecto es fundamental en la pericia por cuanto toda la elaboración de la pericia se concreta en las conclusiones a las cuales puede arribar el perito de acuerdo a su opinión experta.

Ciertamente, debe de indicarse al menos dos aspectos importantes respecto de los dictámenes, en cuanto al contenido legal de los mismos:

(1°) Los requisitos del dictamen pericial que se establecen de *lege lata* –artículo 206 CPP– no constituyen un marco cerrado, pues tales exigencias, deben observarse en lo pertinente a la pericia que se realice; de ahí la explicación de la fórmula normativa utilizada en el precepto preindicado, cuando se estatuye: “y contendrá en cuanto sea posible”, es por ello que los requisitos señalados, no son una especie de condiciones *numerus clapsus*; por lo tanto, el perito puede hacer formulaciones en su dictamen, que no estén comprendidas taxativamente en el artículo en comento.

(2°) precisamente, el dictamen pericial es variable en su conformación, atendiendo a la particular pericia que se practique, en tal sentido, no es posible homologar todas las pericias, en un mismo arquetipo de dictamen, esto sin perjuicio, de que se cumplan las reglas técnicas previstas, en los manuales respectivos, cuando así se requiera para una pericia determinada, como forma de control de calidad.

4. Valoración de la pericia.

Con respecto al valor probatorio, que se le puede asignar a los dictámenes de los peritos, tradicionalmente se han adoptado dos posturas:

La primera de ellas, afirma que el juez, tiene la obligación de adoptar como verdaderas, las conclusiones a las que llegó el perito; en tal sentido, el juzgador está inexorablemente vinculado a la pericia, de ahí que, no pueda apartarse de la deducción de la pericia.

Esta visión debe indicarse, es propia de sistemas de orden procesal, que en mayor o en menor medida, atan al juez, a una especie de tarifa legal, y dicha tesitura, puede decirse está superada por los nuevos modelos de enjuiciamiento, que se sustentan en la apreciación valorativa de las evidencias conforme a las reglas de la sana crítica, en el marco de un juicio oral y público con una práctica distinta a la tradición inquisitiva. En nuestro ámbito forense, la tradición inquisitiva no ha sido superada en toda su dimensión, sin embargo el acusatorio –y la oralidad– ha comenzado a tomar carta de ciudadanía, sobre todo, por la innegable influencia que el sistema procesal anglosajón ha tenido en los diversos sistemas procesales.

En relación con el sistema de la libre convicción racional o sana crítica, ésta sostiene que el juez, tiene la libertad de formar su convencimiento, de acuerdo a las reglas de un juicio racional, y no sólo en relación con la pericia, sino de acuerdo, con todas las pruebas aportadas al proceso.

Entendemos que esta última, es la que debe predominar, porque de lo contrario significaría, traspasar la potestad de resolución del juzgador al perito; el dictamen pericial, como toda prueba, debe ser valorado por los tribunales para fijarles una suficiencia probatoria. Eso sí, en caso de que el juez acepte o no un peritaje en cuanto a su eficacia probatoria, debe indicar, cuáles son las razones para asumir las conclusiones de la pericia, o para no confiarle credibilidad, y las mismas, deben estar suficientemente motivadas.

Impera pues en la apreciación de la prueba pericial, la valoración mediante el sistema de sana crítica, tal como se establece en el artículo

162 inciso final CPP donde se indica: “Los jueces deben valorar las pruebas en las resoluciones respectivas, de acuerdo a las reglas de la sana crítica”. Sólo para señalar un ejemplo, no es posible rechazar una experticia que perita un fluido como la sangre, argumentando que no convence la validez de esta prueba, cuando existen estudios científicos serios, que hablan de la certeza de esa pericia; otra situación sería que el juez no esté convencido de la competencia del perito, de su credibilidad, de la no contaminación de la evidencia, de defectos de la pericia al ser practicada, en cuanto a inadecuados empleos de las técnicas respectivas.

Debe además indicarse, que el juez puede rechazar total o parcialmente el dictamen pericial, o puede aceptarlo en todos sus extremos. El juez, por lo tanto, debe realizar un examen crítico del dictamen pericial, y ver si reúne todos los requisitos formales, así como los presupuestos de fondo.

Lo anterior significa que, el peritaje sea lógico, científico, técnico, suficiente, idóneo, etcétera; precisamente, a esta consideración podría llegar el juzgador, mediante el examen integral de toda la prueba, y ciertamente ello es lo que legitima la decisión jurisdiccional, para negar o confiarle valor probatorio a la pericia; tal estimación conclusiva, la hace el juez, en atención a la integralidad de la prueba, algo que no es posible para el perito.

Respecto de lo anterior, claramente se ha señalado, que el juez tiene, en virtud de su función de último intérprete de las pruebas, la facultad de conferir o no, credibilidad a las pericias que son incorporadas como pruebas, con la limitación de motivar las decisiones, en cuanto a sus conclusiones; lo anterior no tiene nada de anormal, si se entiende que:

(A) la pericia, no obstante estar dotada de un rigor técnico en materia de especialización, es una prueba realizada por seres humanos, es decir, sujeta a falibilidad por diversas razones, y ello es predicable de toda pericia;

(B) desde hace algunos lustros, se ha relativizado el paradigma de la verdad científica, de ahí que, no es aceptable el recurrir a la “autoridad de lo científico” para dispensarle un valor absoluto a las pruebas periciales; con lo anterior, en nada desdeñamos la prueba científica, reconocemos su valor como prueba de calidad técnica, pero tampoco se puede llegar al extremo de entender que la prueba técnica es omnímoda.

(C) el juez al considerar la información probatoria de la pericia, tiene la oportunidad de confrontarla, con todo el cúmulo de prueba que se ha recibido en el debate, es decir, tiene “amplitud de panorama probatorio” para examinar y evaluar la prueba pericial;

(D) dependiendo del área de la pericia, de la valoración de las conclusiones técnicas y de las reglas de experiencia técnica, deben considerarse, cuestiones estrictamente jurídicas o de otras áreas vinculadas al saber penal, que escapan del marco específico de la perito y de su dictamen.

Es por ello que, tanto doctrinaria, como jurisprudencialmente, se ha dicho que la prueba pericial, aunque importante en el descubrimiento

de los hechos, y en la investigación del delito o de la exculpación de los justiciables, no es vinculante de manera absoluta para el juez decisor del caso.

Respecto de las cuestiones que pueden afectar la credibilidad de la pericia, se han señalado las siguientes:

(a) Que la pericia sea notoriamente contradictoria con el resto de los elementos de prueba; (b) Que la pericia resulte ostensiblemente inverosímil; (c) Que la pericia esté afectada, por una falencia en la práctica de las operaciones técnicas que sean relevantes; (d) que la pericia está afectada por un vicio de alteración relevante, en cuanto a la pureza o genuidad de la materia peritada, en relación con la cadena de custodia; (e) que la pericia sea sustancialmente dubitativa en las conclusiones; (f) que la pericia sea esencialmente contradictoria en cuanto a lo peritado y a las conclusiones obtenidas; (g) que la evidencia objeto de la pericia sea obtenida de manera ilícita; (h) Que el perito sea desacreditado, respecto de sus competencias profesionales, personales o respecto de la forma en la que realizó la pericia; (i) que el margen de error de la pericia sea ostensible, llevando a conclusiones equívocas de manera notoria; (j) que se demuestre pérdida de objetividad relevante del perito.

5. Fases del peritaje en el Proceso Penal:

Debe indicarse, que el peritaje en su composición en el proceso penal, puede ser desarrollado en dos fases: una de ellas, está ceñida a la etapa de la instrucción, en su sentido más amplio; es decir, puede constituir: o bien un acto urgentísimo de prueba, de comprobación inmediata, o por el contrario, puede quedar ceñida al régimen del anticipo de prueba, por lo cual debe realizarse bajo mandato judicial.

En ambos casos, lo usual es que ocurra: o bien en las diligencias iniciales de investigación, en cuyo caso sólo se legitima por ser un acto de carácter urgentísimo o bien se obtiene en la etapa de la instrucción formal.

Posteriormente, la pericia puede obtener su plena realización con su incorporación en el debate, en el cual puede ser que se incorpore sólo por su lectura, o si las partes contendientes lo requieren, el perito puede prestar declaración respecto de los hechos que en su momento peritó. Las fases por las cuales puede discurrir el acto pericial son las siguientes.

5.1. La pericia en la fase de investigación e instrucción.

El proceso penal tiene dos fases fundamentales, una que está vinculada a la investigación de los hechos por parte del Ministerio Público, en la cual en la investigación inicial, el órgano de persecución del delito, tiene amplias facultades de investigación, dentro de las cuales puede ordenar, la realización de actos con carácter urgente, siempre que no se trate de restricciones a los derechos fundamentales, por que en tal caso, necesita someter el acto de recolección de elementos probatorios, a

decisión judicial, quien determinará si procede o no la realización del acto de prueba, ponderando la procedencia de la medida, bajo las reglas del principio de proporcionalidad.

En la etapa de la instrucción formal, la investigación del ministerio fiscal, es controlada por la autoridad jurisdiccional, y ello tiene especial relevancia en materia de pericias, en tal caso la práctica de un peritaje, necesariamente tiene que ser habilitado por el juez instructor, esto es para aquellos regímenes que mantienen la figura del juez de instrucción, tal como sucede en sistema procesal penal salvadoreño.

La práctica de la pericia en la fase de la instrucción es fundamental, tanto si se realiza en las diligencias iniciales de investigación, como si se verifica en la etapa de la instrucción formal. Lo anterior se explica por el fundamento que tiene la etapa instructoria, la cual es eminentemente de investigación; ello se vincula de manera directa a la pericia y a la necesidad que prueba de esta naturaleza haya sido producida antes del debate.

La prueba pericial en muchos casos se vincula, en la terminología clásica, a la demostración del llamado *corpus delictis*; en tal sentido su acreditación no sólo es idónea, sino que la misma se vuelve imperiosa, por cuanto es bastante difícil entender que un hecho delictivo, puede ser llevado a la etapa decisiva del proceso como lo es el juicio; sino se tiene acreditado con razón suficiente el establecimiento del hecho delictivo, en muchos casos, la pericia será la que incorpore estos datos.

5.2. La pericia en el Juicio.

El debate, es la culminación donde se va a desarrollar la eficacia de la prueba recogida en la instrucción, y en general de toda la investigación, que se ha llevado en el caso; será entonces, la etapa donde se produzcan, todos los elementos de prueba ofrecidos, para tratar de acreditar los hechos que se desarrollaron en el pasado y que forman el objeto de la vista pública, en cuanto hechos acusados; así como aquellos que se sostienen por la defensa.

En materia de pericia, la regla es que las mismas, deben en principio practicarse en la etapa de instrucción, para que su incorporación posterior, tenga lugar en el debate; ello es así por que lógicamente la sala de debates —en el juicio oral— no es el lugar idóneo para las operaciones y actividades periciales que han de exponerse; pero en ella sí se utilizarán los resultados de las pericias realizadas.

Lo anterior, tiene su fundamento por el principio de concentración, en el sentido que, todos aquellos actos que se opongan por su naturaleza a la concentración y a la continuidad del debate, deben estar anticipados como prueba para ser introducidos de manera concreta, únicamente para la contradicción de los resultados obtenidos.

A lo anterior habrá de abonarse, que por la naturaleza de las pruebas periciales, su producción si no es urgentísima, es por lo menos urgente, en cuanto a la preservación, afectación, impolitez y conservación de cierta evidencia; de ahí que, su práctica en el sentido de la peritación de obtención, no puede ser diferida hasta el momento del debate.

Por otra parte, también habrá de tomarse en cuenta, que la formulación de la imputación es gradual, y para ello se requiere de ciertos hechos, que deben tener una probabilidad de poder ser acreditados en el juicio y ello se garantiza con la pericia.

En suma, por regla general, las pericias deben ser practicadas, en la etapa preparatoria al juicio, es decir en la fase de instrucción, y es su incorporación plena la que se realizará en el debate. Sobre ello Manzini opina: *"Que en ningún caso se pueden repetir las pericias válidamente, ni introducir pericias nuevas respecto de las comprobaciones que constituyen objeto de pericia anterior"*.

Sin embargo, conviene indicar que, excepcionalmente en el debate, puede producirse la realización completa de una pericia, siempre que sea absolutamente necesario, y no afecte la concentración del juicio, o cuando se trate de demostración de hechos sobrevinientes, pero con estricto apego a las reglas de prueba para mejor proveer. Un buen ejemplo de ello, es la elucidación de una situación de imputabilidad del acusado, que hasta el momento del debate, mediante la prueba, haya surgido como cuestión relevante.

Por otra parte, debe indicarse que el perito, desde que se le comunica o se le cita del debate, está en la obligación de prepararse para la audiencia, pero también, dicha citación deberá de hacerse con la debida antelación, con el fin de que los expertos, puedan con mayor facilidad y preparación, coordinar lo correspondiente en cuanto a las actividades periciales que tienen programadas, y su traslado a la celebración de la vista pública.

Dado que por la obligatoriedad del cargo aceptado, ya es de interés público su participación o intervención en el juicio, al igual que al testigo, el perito puede ser obligado a comparecer, de ahí que, sólo resulta eximido por impedimento sobreviniente.

Los peritos deberán responder oralmente a las preguntas que se les formularán, pero tienen derecho a solicitar permiso al tribunal, para consultar notas en ayuda de su memoria; en tales casos, están sujetos al interrogatorio directo, y al contrainterrogatorio de la parte contraria con las técnicas adversariales del rito del procedimiento; todo ello lo regulan las reglas del artículo 348 CPP.

El tribunal, si existieran varios peritos sobre la misma cuestión o fueren colegiados, podrá limitar su número en la intervención del debate, siempre que tal decisión se acuerde con las partes, puesto que en estos casos, la prueba es coligada, conforme al principio de comunidad de la prueba y en principio sometida a la decisión de la parte que la presenta para sustentar su caso.

La suspensión del debate se podrá ordenar cuando el perito, por motivo de enfermedad u otro impedimento justificable, no pudiese asistir al juicio y su intervención sea indispensable, en opinión del Tribunal, mediante solicitud de la parte que lo presenta, como oferta probatoria, ello conforme con el artículo 333 n° 3 CPP.

Empero, si el motivo de incomparecencia es de aquellos que rebasan el plazo de diez días, el tribunal debe estimar, la suspensión definitiva de la vista pública para ser iniciada nuevamente, siempre que sea necesaria la declaración del perito, ello tiene como punto central, si las partes están interesadas en impugnar la pericia que se practicó, por que, si este punto no está en controversia, es irrazonable la suspensión de la vista pública, por la incomparecencia del perito; en cambio, si la no comparecencia se corresponde a un largo período, debe prescindirse de la declaración oral e incorporarse por lectura la pericia escrita.

Por último, debe señalarse que la declaración rendida por el perito en audiencia, es parte integrante del peritaje, y que ciertamente en ese acto, es donde mejor se potencia el derecho de defensa, de ahí que, el interrogatorio del perito en el juicio oral, es trascendental para el impacto de la prueba, y para ello, la parte proponente como la adversaria, deben estar lo suficientemente preparados para interrogar a un perito, el interrogatorio del experto, no es un evento que deba tomarse al azar o dejarse a la improvisación.

6. El interrogatorio del perito.

La primera cuestión relevante que debe señalarse, es que el testimonio del perito, es sumamente importante, y por ello debe ser escrupulosamente considerado, es éste ciertamente, un testimonio especial, dado las condiciones peculiares de quien porta la información; ello por que el perito por excelencia, rinde un testimonio de opinión.

Es decir, los hechos sobre los cuales declara el experto, pueden ser expresados en forma de inferencia o de juicio, lo cual por regla general, no está permitido a los testigos, salvo que se trate de una opinión personal, de hechos inferidos como persona común, es decir una opinión no experta; a diferencia de ello, el perito puede y debe, rendir una afirmación personal sobre los hechos conocidos mediante su actividad pericial, y las conclusiones deducidas a partir de su calidad de experto en una ciencia, disciplina, técnica, arte, oficio.

Ello por que, el testimonio de opinión, se fundamenta precisamente a partir de que el perito, tiene una cualificación especial. Resaltamos entonces, que el fundamento del testimonio pericial y su nota distintiva, es que se trata de un testimonio de opinión, al cual no puede rehuir el perito.

Sin embargo, un testimonio de perito, no puede ser introducido por quien litiga su caso, de manera improvisada, la cualificación del perito, obliga a las partes contendientes, a asumir una actitud diferente a la forma de enfrentarse a la producción de la prueba pericial.

Precisamente por lo anterior la declaración de un experto como lo es un perito, no puede quedar al azar, sino que debe de ser meticulosamente preparada por los abogados postulantes, a efectos de tal actividad señalamos algunos aspectos importantes que pueden ser tenidos en cuenta.

6.1. La preparación del testimonio del perito.

La primera pregunta, que el abogado postulante debe formularse es, si es necesaria la pericia que solicita para la presentación de su caso, y si es necesaria la declaración oral del perito en juicio.

Sin embargo, en materia criminal, ello digámoslo así, es una "verdad de perogrullo", es decir, la pericia es un medio de prueba necesario en la materia que se conoce.

La investigación de delitos como el homicidio, las lesiones, las agresiones sexuales de toda índole, los fraudes en —especial aquellos estructurados de manera compleja—, los delitos relacionados con drogas y estupefacientes, aquellos delitos relacionados con armas de fuego, los ilícitos de falsedad documental, etcétera; por decirlo así, la mayoría de crímenes convencionales; y casi todos los delitos no convencionales, en cuanto que requieren la utilización de modernas tecnologías (delitos de carácter genético, fraudes de informaciones, delitos por internet) requerirán de peritaciones.

En las agencias del sistema justicia penal, la selección del perito, no es una cuestión generalmente problemática, puesto que se cuenta con peritos oficiales, sin embargo, puede ser que en determinados casos, se tenga que seleccionar un perito no oficial, o que dicha actividad la requiera la defensa, para ello deber tenerse en consideración según se recomienda: (a) adecuada capacidad del perito, lo cual debe ser demostrable; (b) experiencia al declarar como perito; (c) que sus opiniones expertas, estén acordes a la teoría del caso que se presentará; (d) capacidad para dar a entender sus conocimientos especiales; e) criterio de personalidad.

6.2. La Preparación general de la declaración.

Respecto del caso en general, el perito debe ser preparado debidamente por quien lo presentará a declarar al debate, ello pasa por:

(a) debe proporcionarse al perito toda la información posible, no sólo respecto de los hechos sobre los cuales versara la peritación, sino también la forma procesal en la cual se desarrolla este acto, ello es más necesario, si se trata de peritos no oficiales. Si es importante tener en cuenta, que el proponente desde el ámbito jurídico, explique de manera clara y precisa al perito, cuál es la teoría del caso que se sustenta, así el perito dispondrá de una información completa para dictaminar conforme a su saber y entender.

(b) debe familiarizarse al perito con el caso, especialmente con las técnicas del interrogatorio directo y del contrainterrogatorio, las formas de preguntas que se formulan, la forma de respuesta, las objeciones, las impugnaciones, la ambientación del lugar, las costumbres forenses, etcétera; en suma, el perito debe conocer de manera previsible todo lo que sucede normalmente en la vista pública; y como punto esencial, que su opinión profesional será objeto de controversia sin que ello implique dudas de sus competencias profesionales.

(c) debe haber coordinación entre quien rinde la pericia y quien le presenta, es una cuestión bidimensional de información del perito hacia el abogado, y del abogado hacia el perito. Debe indicarse al perito, que la preparación de su testimonio en los juicios orales adversativos, no tiene nada de extraño ni de malo, siempre que se respete el límite de las influencias indebidas y antiéticas, respecto de la deontología del declarante; el perito en todo caso es una persona que declara bajo juramento de decir verdad y con la mayor objetividad posible.

(d) debe prepararse concienzudamente tanto el interrogatorio directo como el contrainterrogatorio por quien presentará al perito, como por quien lo adversará; lo anterior significa que el abogado postulante de un caso, que requiere a un perito para que declare, debe examinarlo previamente conforme al interrogatorio directo, pero debe además realizar la labor de contrainterrogar al perito, todo ello en fase de preparación previa a la declaración. De igual manera debe proceder sólo que a la inversa, el abogado que contrainterrogará al perito, en este caso primero debe anticiparse al examen directo, para preparar su contrainterrogatorio.

Estos aspectos de preparación, no son remotos de ser alcanzados, por cuanto el perito previo a su declaración en juicio, habrá rendido un informe escrito, el cual es del conocimiento de las partes adversarias, y ese mismo es el fundamento principal para preparar un debido interrogatorio directo y un contrainterrogatorio.

6.3. La preparación del testimonio del perito en específico.

Es importante indicar, algunas cuestiones de la preparación del testimonio en general y del perito en particular en el caso concreto, ellas son las siguientes:

(a) La discusión amplia de los hechos a probar, entre el perito y la parte oferente, con particular énfasis en la opinión pericial, por cuanto, en materia de opiniones respecto de una disciplina o área del saber, pueden haber diversos pareceres, ello se reflejará con mayor intensidad en algunas áreas, como por ejemplo la Psiquiatría, la Psicología, la Antropología, etcétera. En tal sentido, es importante que el postulante conozca, los límites de la opinión del perito.

(b) La pericia debe circunscribirse, al área de especialización del perito, debe haber conciencia de las fortalezas y debilidades de la especialización. Quien presenta a un perito, puede cometer graves errores, si pretende hacerlo declarar sobre un área especializada, sobre la cual el perito no es versado; es probable que el experto, conozca el área en su sentido general, pero pueden presentarse problemas en cuanto a la consistencia de su declaración, si no es experto en la materia de especialización sobre la cual es interrogado.

En la actualidad, el desarrollo del conocimiento técnico y científico acrecienta los ámbitos de la especialidad, por lo cual, debe ponderarse responsablemente cual es el área temática que domina el perito en un sentido experto.

(c) Es importante que el interrogatorio del perito, no sea improvisado, ello requiere la debida y rigurosa preparación del mismo, y de quien lo postula como órgano de prueba; lo anterior significa que, debe haberse practicado el interrogatorio directo, y haber anticipado el posible contrainterrogatorio que podría formular la parte contraria; ello obviamente requiere tiempo y organización, pero es un deber profesional y ético del perito, y del abogado que postula y que ha ofrecido la pericia como prueba para demostrar hechos en el debate.

De lo contrario, el riesgo que asumen perito y abogado es temerario, por cuanto no se sabe cuándo se encontrará una contraparte avezada, que desacredite a un perito no preparado debidamente. El abogado postulante, debe también asumir su responsabilidad de conocer y dominar básicamente el área en la cual presentará la pericia, y sobre ello puede colaborar en mucho el perito. La declaración del perito en juicio, es una especie de simbiosis entre experto y abogado; respecto de los conocimientos de sus respectivas áreas profesionales.

(d) La preparación de la pericia debe ser en dos grandes ámbitos, uno de ellos es el de la llamada cualificación del perito, también denominado *voir dire*, el otro aspecto es el relativo al testimonio pericial en forma de opinión, que es el sustrato de la pericia, y que se reduce a establecer con toda precisión: cuáles fueron los hechos que observó el perito, qué métodos empleó para hacer su pericia, cómo realizó la actividad pericial, y a qué conclusiones arribó, respecto de la totalidad de la evidencia que examinó en su calidad de experto. Acreditación de la competencia del perito y confiabilidad de su dictamen y conclusiones, son los dos grandes segmentos que, en materia de persuasión probatoria, deberán acreditarse ante el tribunal.

7. Forma del interrogatorio pericial. El examen directo.

Como se expresó, la declaración del perito para la parte proponente, debe de cubrir dos áreas que son fundamentales: una de ellas la cualificación del perito, o su acreditación como experto competente y confiable; y la otra corresponde a la veracidad y credibilidad de su opinión, respecto del punto sometido a pericia, así como a las conclusiones que afirma el perito.

Sobre este aspecto, las técnicas que se utilizan para el interrogatorio del perito, no difieren de las usuales cuando se interrogan testigos; el perito será sometido a un interrogatorio directo y a un contrainterrogatorio; podrá haber un redirección o segundo interrogatorio directo que es de rehabilitación y un nuevo recontrainterrogatorio que es de impugnación sobre los puntos rehabilitados; respecto de la cualificación y del testimonio de opinión, ambas cuestiones las resumimos así:

7.1. Cualificación personal.

El perito debe ser acreditado, en cuanto a su capacidad personal, de estudios, competencia, habilidades, destrezas, experiencia y confiabilidad. Para ello sirven los siguientes parámetros:

(a) La determinación del cargo, función o labor que en la actualidad desempeña el perito, y los otros cargos que ha ostentado. Cuando se trata de un perito con grado académico, deben incluirse grados profesionales obtenidos, honores, distinciones concedidas, centro de estudios, adiestramientos, cursos de capacitación o de postgrados, etcétera.

(b) Si se tiene experiencia docente, deben acreditarse, instituciones y cátedras impartidas, si es docente titular o asociado; las investigaciones realizadas, la literatura publicada. Sobre este aspecto el abogado postulante debe tener un conocimiento cierto y detallado, si por algún motivo ignora estos aspectos –lo cual significaría una no adecuada preparación– es mejor no preguntar sobre estos aspectos, por cuanto se estaría entrando a una zona de preguntas que no son de máxima seguridad.

(c) El desempeño profesional. Comprende las actividades desarrolladas en el ejercicio de su profesión, los lugares en los cuales ha fungido, las distinciones concedidas, la experiencia acumulada, la experiencia concreta al punto de peritación; estos aspectos son medulares, por cuanto se vinculan al núcleo central de la pericia, y en este aspecto la cualificación del perito debe ser concienzudamente construida.

(e) Las presentaciones académicas por discurso, que el perito haya realizado: foros, conferencias, simposios, disertaciones; en estos casos deben escogerse bien por orden cronológico, bien atendiendo el criterio de relevancia de las ponencias, en todo caso deben escogerse aquellas que se relacionen con el tipo de dictamen que el perito ha rendido. Pero reiteramos, debe procederse con método, por cuanto el perito, podría haber realizado afirmaciones distintas en disertaciones pasadas, respecto del dictamen que actualmente rinde

(f) Las distinciones honoríficas que se hayan otorgado. Este aspecto también es fundamental para la cualificación del perito, el cuidado que debe tenerse es que se trate de instituciones con un grado aceptable de credibilidad y confianza.

(g) Las colegiaciones, instituciones o matrículas profesionales a las cuales pertenece el perito. Aspecto que es esencial para su acreditación, pero también para su impugnación, por cuanto la matrícula profesional permite una investigación más amplia del perito y de sus competencias deontológicas y académicas.

(h) La experiencia particular como perito en asuntos judiciales. Este es un punto que normalmente pasa desapercibido, pero que puede resultar trascendental en la acreditación personal del perito o en su impugnación; ello implica hurgar, medir y confirmar, sobre las competencias del perito en el área de la práctica tribunalicia, es decir, el ámbito de las ciencias forenses; para efectos prácticos, qué tanto éxito ha tenido el perito en sus peritaciones respecto de los casos penales en los cuales le ha correspondido testificar.

7.2. Cualificación del testimonio de opinión.

El testimonio del perito, debe quedar completamente acreditado como asertivo, en ello no se afecta, los márgenes de probabilidad de la pericia, puesto que ello es normal en toda pericia, sólo que en algunas, las probabilidades son más restrictivas.

Dicho de manera más simple, toda pericia tendrá un margen de error, toda pericia no alcanzará una dimensión completamente objetiva en términos científicos, pero ello no impide que la misma no tenga una solidez;

la cuestión de probabilidad en la pericia por fuera de una certeza absoluta, no se corresponde necesariamente con la duda como cuestión derivada de la valoración de la prueba y de la presunción de inocencia.

Debe considerarse, que el contenido y estructura de la declaración del perito, es variable, de acuerdo con la estrategia del caso en particular y de la materia sobre la cual declara el experto.

Es importante hacer notar, que el perito está habilitado, para declarar en forma de opinión, su formación especial, precisamente le permite hacer inferencias y sacar conclusiones personales de opinión, ello es el punto medular y la distinción de la pericia, por lo cual, ante unos hechos examinados, conforme a unos conocimientos y competencias especiales, el perito puede dar conclusiones personales.

En razón de todo lo anterior es importante acreditar, los objetos sobre los cuales se peritó; las operaciones técnicas que se practicaron, los resultados que se obtuvieron, las conclusiones a las cuales arribó el perito. Debe indicarse, que es necesario establecer el enlace del perito con el caso que dictaminó. Pero lo más importante, tratándose de una declaración del perito, es establecer la suficiencia y confiabilidad de la pericia que se ha practicado, en ello reside el "alma del peritaje", por lo cual, quien presenta la declaración de un perito, debe asegurarse que este aspecto quede satisfactoriamente cubierto.

Debe recordarse, que la declaración de un perito, es un testimonio de opinión y por ello debe quedar completamente acreditado, que la opinión del perito es confiable y que, aunque puede ser discutible en términos de otras opiniones en el área de su conocimiento, es la conclusión de una persona, que además de ser experta en la materia, ha realizado con plenas competencias y suficiencias la pericia objeto de prueba.

Para ello es importante recordar que debe quedar probado: (1) La cualificación completa del perito, en cuanto a la prueba que realizó y a la especialidad de la misma; (2) Que todo el instrumental utilizado estaba en óptimas condiciones. En este punto, son importantes las certificaciones de calidad del instrumental y las reglas de manual de operaciones; (3) Que los procedimientos que se emplearon, los métodos que se aplicaron, las técnicas que se utilizaron, las teorías sobre las cuales se informó por el perito, son de confiabilidad.

Por último, debe recordarse que la declaración del perito, mediante la técnica del interrogatorio directo, debe ser sumamente organizada, ello no sólo facilitará la labor del abogado postulante que presenta su prueba, sino que además facilitará la demostración ante el juez de los hechos que se quieren probar, para ello deben cubrirse los objetivos de:

(a) Sobre qué objeto, cosa, persona o sustancia, se peritó; es decir, cuál fue el objeto sobre el cual recayó la pericia; (b) de qué manera se realizó la pericia, tiempo, lugar, forma, método empleado, operaciones técnicas de acuerdo a la especialidad de la pericia; (c) qué resultado obtuvo el perito; (d) cuáles fueron las conclusiones en términos de opinión a las que arribó el experto.

7.3. El interrogatorio directo del perito.

Debe tenerse claridad, que la presentación de la declaración del perito en el juicio oral, es bajo la modalidad del interrogatorio directo, de ahí que, todas las técnicas por las cuales se formula un interrogatorio directo, deben ser utilizadas por quien presenta la declaración de un perito, ellas se resumen en las siguientes:

(a) El perito tiene que ser completamente acreditado, en cuanto a su persona y en cuanto a sus competencias; tratándose de un testigo experto, la cualificación es especial y debe abarcar los siguientes aspectos: preparación académica del perito, tanto de pregrado o de postgrado o acreditación de experiencia, sino es un perito profesional; experiencia laboral; actividades profesionales; actividades académicas que imparta el perito; honores y distinciones; publicaciones, investigaciones o disertaciones; pertenencia a asociaciones; experiencia pericial, experiencia forense.

(b) La formulación del interrogatorio directo, debe ser primordialmente simple, es decir deben formularse preguntas sencillas para obtener respuestas sencillas, deben evitarse preguntas complejas; el "directo", debe ser esencialmente conducido, y para ello no existe una mejor opción que preguntas claras y llanas.

(c) La formulación del interrogatorio directo, descansa sobre la premisa, de que, quien declara, es el testimoniante y nunca el postulante —ello bajo el principio de objetividad de la prueba— de ahí que, quien interroga, debe tomar conciencia de que él no es el declarante; para ello debe evitarse la sugestividad, aplicarse un interrogatorio con preguntas abiertas, descriptivas y explicativas, sin perjuicio de perder el dominio de conducir el interrogatorio; tratándose de peritos, la información que se obtenga debe ser esencialmente explicativa.

(d) Si la parte proponente, ha identificado debilidades respecto de quien declara o de su dictamen, la formulación del interrogatorio directo, es una buena oportunidad para manifestarlas, es peor que sean puestas al descubierto por la contraparte. Sobre este punto, deben adelantarse las debilidades o los defectos que tenga la pericia; por ejemplo, sucede que el informe escrito del perito puede tener afirmaciones distintas a las realizadas, ello debe explicarse satisfactoriamente por el perito y si tal defecto se ha advertido por el abogado postulante, lo más recomendable sería adelantar en el examen directo tales falencias.

(e) El interrogatorio directo, pasa por estar altamente planificado, no es posible presentar a un declarante, respecto del cual se ignora qué va a decir y en qué extensión va a declarar; precisamente porque el interrogatorio directo, es la única forma que se tiene de acreditar los hechos que se postulan.

De ahí que, tiene que conocerse, cuál es la información que sabe el declarante —en este caso el perito que testifica— y cómo con dicha información, se establecen los hechos que se pretenden probar ante el juez. También en el interrogatorio directo, debe escucharse —que no oírse— al declarante. Escuchar las respuestas del perito, es fundamental para la

continuidad de un exitoso examen directo; un buen interrogatorio directo sólo se garantiza por su preparación previa.

(f) El interrogatorio directo, es la forma instrumental para probar los hechos que se postulan, ello siempre debe recordarse; para lo cual, se debe ser puntual y metódico, se pretende establecer hechos, y ello debe ser cubierto de manera efectiva, por lo tanto, los interrogatorios directos no tienen por que ser intensos, basta que sean específicos a los hechos que deben quedar acreditados, según la teoría del caso que se maneja. Sobre este aspecto, la declaración del perito debe ser dirigida a los ámbitos conclusivos de los hechos que se pretenden determinar.

8. El conainterrogatorio del perito.

Conviene en este apartado realizar unas reflexiones sobre un aspecto de la litigación oral que es trascendental en los juicios penales, se trata del conainterrogatorio, dicha técnica en cuanto al ejercicio del derecho de defensa es fundamental para confrontar la prueba que la parte adversaria presenta; por tal razón, los presupuestos generales del conainterrogatorio para testigos lo son para la declaración que rindan los peritos en el juicio oral.

8.1 . La estructura del conainterrogatorio del perito.

Como el testimonio pericial es un testimonio de opinión, la clave para conainterrogar exitosamente a un perito, es circunscribirse a esa área de opinión, pero ello pasa por considerar, que el conainterrogatorio únicamente es una necesidad, no una obligación, y que al mismo debe procederse con las mismas reglas de precaución que cuando se conainterroga a un testigo, en este caso con mayor, cautela por la cualificación de quien declara.

De ahí que, necesidad y preparación del conainterrogatorio en materia pericial, son dos reglas de oro. Si lo que se pretende impugnar es la cualificación del perito, debe procederse con preguntas de máxima seguridad, teniendo información acreditada que podría, para los fines de impugnación, afectar la credibilidad del declarante. Sólo es válido impugnar –desde las perspectivas de la persuasión– cuando se tiene la seguridad que la cualificación del perito se encuentra demostrada con acierto.

Si se trata de impugnación en las competencias de las áreas del saber del perito, la preparación debe ser pulcra y actual; si lo es por los resultados de sus pericias en el ámbito forense, debe estar suficientemente sustentada, lo cual implica una compendiosa investigación.

Sobre este punto debemos insistir que quien conainterroga, tampoco debe pretender improvisar en esa labor sumamente delicada; sólo una preparación meticolosamente planificada, habilitaría el conainterrogar a un perito; una conducta diferente de la contraparte sería una verdadera osadía, que podría repercutir con grave perjuicio respecto de los intereses de su cliente.

Si lo que se pretende es impugnar la opinión del perito, debe procederse primero extrayendo toda la información que sea favorable, y es trascendental que en materia de opinión, se acredite que el tema es precisamente opinable por la comunidad académica; que los resultados pueden presentar variabilidades bajo el enfoque de otra opinión, o que el campo de dictamen del perito, es un área de especialización, en la cual el mismo no tiene completa idoneidad.

Es importante indagar, los antecedentes del perito respecto de los casos en los cuales ha declarado, pero –como se expresó– ello significa una ardua labor, que puede tener sin embargo faustas consecuencias para la parte que conainterroga a conciencia el perito.

8.2. Reglas específicas sobre el conainterrogatorio del perito.

En el conainterrogatorio del perito, deben tenerse en cuenta primero, que son aplicables los principios generales, que imperan en materia de conainterrogar a testigos, en razón de ello deben al menos recordarse:

(a) El conainterrogatorio debe ser breve, es decir puntual, recuérdese conainterrogar, no es un imperativo ni una necesidad, es una eventualidad; se debe conainterrogar sólo si es absolutamente necesario y en los puntos que se encuentran meticolosamente planificados; es un gravísimo error, repasar el examen directo en un conainterrogatorio.

(b) Las preguntas deben ser formuladas de manera sencilla, no de manera compleja; ello implica un conainterrogatorio efectivo, que va a los puntos esenciales y evita posibles explicaciones de parte del declarante; el postulante que conainterroga debe manejar con firmeza, pero con cordialidad su conainterrogatorio; en todo caso debe evitar preguntas abiertas, pero ello sólo se logra eficazmente si se hacen preguntas cerradas y específicas.

(c) El conainterrogatorio se formula de manera sugestiva, las explicaciones deben evitarse, a menos que sean absolutamente necesarias según la estrategia del caso, y ello quiere indicar, que esta última opción que es excepcionalísima, debe estar planificada, para evitar “daños colaterales”; para garantizarse un debido conainterrogatorio con fórmulas cerradas, se recomienda utilizar fórmulas como las siguientes: *es cierto que...; no es cierto que...; es verdad que...; no es verdad que...; es correcto que; no es correcto; conteste con un sí o no a...;*

(d) Si se hacen preguntas cerradas, las mismas deben enunciarse como preguntas cerradas, no debe el abogado postulante pretender respuestas cerradas cuando formula preguntas abiertas; en virtud de ello, cuando se pretenda obtener una respuesta en el sentido de sí o no a una cuestión determinada, debe preguntarse expresamente de esa manera; contésteme por favor con un sí o con un no a lo siguiente...; al contrario, si se formulan preguntas abiertas –explíqueme por que... como es que usted sostiene... en su opinión...– la respuesta que el perito dará será de forma explicativa y la pregunta habrá habilitado tal clase de objeción, en

tal sentido no podrán formularse objeciones a la extensión de la respuesta, por que la misma parte ha habilitado una contestación responsiva.

(e) Las preguntas del contrainterrogatorio, deben ser por regla general de máxima seguridad, es decir sobre hechos de los cuales, se sabe la contestación del declarante; sólo excepcionalmente debe formular preguntas de meridiana seguridad; nunca deben formularse preguntas de mínima seguridad, está prohibido "salir a pescar", es decir, jugar a la "ruleta rusa" con el declarante, con la agravante que en este caso se trata de un perito. Las preguntas que se formulan, deben tener como respaldo una consistente preparación en su aspecto técnico, y el fundamento del dictamen pericial; jamás debe improvisarse en este aspecto tan delicado; no debe olvidarse por quien contrainterroga que el testificante es un experto en su área, y que tiene mayor cualificación en sentido general que el abogado que interroga, por ello debe insistirse en la precisión de las preguntas.

(f) Quien contrainterroga, no debe confrontar con el que declara, el contrainterrogatorio, no es un combate explícito de "boxeo"; el sistema adversativo, debe emplearse con sutileza, ciertamente para ello, no hay necesidad de "pelear"; una actitud firme, pero respetuosa es conveniente; de nada sirve gritar, más que para hostilizar con quien declara, ello es mucho más inconveniente cuando se trata de un declarante experto como es el perito. El contrainterrogador debe recordar que, en todo caso, se encuentra ante otro profesional, y que su declaración puede ser impugnada sin necesidad de confrontar abiertamente con el testificante.

(g) Al contrainterrogar, siempre se debe escuchar lo que dice el declarante, y no se le debe perder la intermediación visual; "grave pecado forense", es preguntar al que declara y no escuchar lo que dice, hacemos énfasis debe escucharse, no sólo oírse la respuesta. La percepción visual de quien es contrainterrogado es fundamental para el contrainterrogador, los tiempos entre preguntas y respuestas resultan vitales para el flujo del contrainterrogatorio. Sólo si se mantiene esta intermediación, un abogado avezado, podrá captar los puntos fuertes y débiles en la declaración del perito.

(h) Jamás debe el abogado que contrainterroga, permitir que el perito que declara, explique sus respuestas, cuando lo que se ha formulado es una pregunta cerrada; de ahí la necesidad de preguntas sugestivas y específicas, y no de emplear preguntas abiertas. Ahora bien, si se tiene la osadía de formular preguntas abiertas, después no se está habilitado, para pedir preguntas cerradas. En el contrainterrogatorio, las preguntas explicativas son una insólita excepción, que sólo se utilizan por estrategia del caso. En caso de tener un perito reticente para contestar preguntas cerradas, debe acudir al tribunal para que reconvenga al perito en cuanto a la forma de contestar; recordamos aquí la necesidad de preparación del perito por la parte que lo presenta y de los usos, costumbres y reglas forenses que deben ser observadas en las declaraciones.

(i) El abogado que contrainterroga, jamás debe "repetir el directo", si procede así confirma el principio de "yo te ayudo", por el cual la parte adversaria, confirma e incluso acredita hechos, que la contraparte no había

probado; queremos repetir una vez más: el contrainterrogatorio no es una necesidad, es una exepcionalidad. El abogado postulante, debe escrutar con suma precaución, si el testimonio del perito ha infligido graves consecuencias para su caso; sólo si ello ha sido así, debe decidirse su interrogatorio; pero —y volvemos a insistir— ello no debe ser fruto de la improvisación, sino de una decisión metódica y planificada; lo contrario puede significar efectos devastadores para el caso que se litiga.

(j) El abogado litigante que ha formulado un exitoso contrainterrogatorio, debe saber cuándo finalizar con el mismo; ello porque todos los logros alcanzados por un buen contrainterrogatorio, pueden ser desvanecidos, si quien interroga, no sabe cuándo parar, se dice —por los que saben— que nunca debe hacerse la última pregunta, en un contrainterrogatorio felizmente conducido; es decir, no se debe "engolosinarse" con el perito o como se expresa, debe dársele cumplimiento al principio de "no volar tan alto"; puede ser que esa última pregunta de remate, sea contraproducente, ello según se indica, se puede explicitar de dos maneras.

Si el contrainterrogatorio ha sido exitoso, debe evitarse "rematar" al declarante agónico, ello podría generar el síndrome —incontrolable para el interrogador— del "over killing" del perito, por el cual el contrainterrogador se gana la antipatía de quien decide el caso. El otro aspecto es que la "última pregunta", puede precipitar "todo el castillo construido" mediante el contrainterrogatorio, con una respuesta que "hecha abajo la labor del contrainterrogador", por ello, si se debe formular la "última pregunta" ésta debe ser, no de alta sino de altísima seguridad, aunque lo mejor es no hacerla.

8.3. Aspectos de impugnación del perito mediante el contrainterrogatorio.

Dicho todo lo anterior, debe puntualizarse en algunos aspectos del contrainterrogatorio del perito, que son propios de las declaraciones de expertos:

(1°) La confrontación de una declaración de un perito, puede ser más efectivamente controvertida, si se hace con la ayuda de otro especialista en la materia, quien precisamente por esa cualificación asesora el contrainterrogatorio.

Ahora bien, como ello no siempre será posible, tal requerimiento debe suplirse debidamente, por el asesoramiento extrajudicial sobre el tema de la pericia, y si ello está fuera del alcance del abogado postulante, tal labor debe ser suplida por una concienzuda investigación respecto de la temática del peritaje, aunque debe señalarse que esta última opción, al ser neófito en dicha área el contrainterrogador, puede presentar serios problemas, de ahí que es importante buscar asesoría aunque sea mínima; para estos efectos sirven los consultores técnicos.

(2°) Al formular el contrainterrogatorio, debe evitarse debatir abiertamente o polemizar con el perito; sírvase aquí recordar, que los fines

del contrainterrogatorio son en primer lugar, obtener la mayor cantidad de información provechosa para el caso que se postula, de ahí que, si es posible extraer esa información del perito, ello debe hacerse sin polemizar.

Otro fin del contrainterrogatorio, es incluir información negativa para el caso de la contraparte, ello, si se maneja debidamente, puede ser confirmado por el perito; por último, el contrainterrogatorio tiene por finalidad, afectar la credibilidad del declarante, cuando se trata de un perito, éste debe ser el último recurso, sobre la base de cuál es el centro de la teoría del caso que maneja.

En tal sentido, si el abogado que contrainterroga, no tiene por prioridad, atacar la credibilidad de la pericia o del perito, es un desgaste innecesario. Y cuando sea necesario tener que desacreditar puntos de la pericia, debe recordarse que el contrainterrogatorio, no es un instrumento para medir conocimientos; obviamente el perito, que es un experto en la materia, llevará en ese aspecto alguna ventaja; de ahí que, los puntos a controvertir, deben ser elegidos y ello planificarse, no debe pretenderse impugnar toda la pericia, sino sólo aquellos puntos decisivos y perjudiciales para el caso que se sustenta.

(3°) Se debe primordialmente cuestionar, la confiabilidad de la pericia. Para ello debe tenerse en cuenta, que los aspectos a impugnarse esencialmente son: (a) los vinculados al estado en que la evidencia llegó al perito; (b) los métodos que el perito empleó para examinar el objeto peritado; (c) la certificación de seguridad sobre la metodología empleada o respecto de los instrumentos utilizados; (d) las conclusiones a las cuales arribó el perito; (e) las disensiones que pueden concurrir en el área del conocimiento del perito; (f) los defectos que se pueden encontrar en la pericia.

(4°) Ahora bien, Si lo que se pretende cuestionar, es la competencia del perito, es decir la acreditación o cualificación que se ha hecho del mismo, a ello debe procederse prudentemente; sólo una investigación concienzuda, puede garantizar éxito en este aspecto y como recordaremos que quien impugna la declaración del perito en esta vía, debe elegir opciones de máxima seguridad.

El ataque a la prueba pericial por la desacreditación del perito como un sujeto no experto en el área en la cual ha dictaminado, no es una cuestión meramente formal, la capacidad del perito o de la persona que realiza una función de experto en arte, debe quedar acreditada, por cuanto la duda sobre la capacidad de experto del perito recaerá inexorablemente sobre la materia peritada y respecto de su opinión en cuanto a forma, método y conclusiones del acto pericial; precisamente por esa razón es que la misma ley, requiere que el perito sea un experto en su ciencia, disciplina, técnica, arte o conocimientos especiales.

Sin embargo hay parámetros importantes que pueden destacarse sobre la impugnación al perito, de entre ellos destacamos los siguientes:

(A) Cuando el perito declara en un área que tiene una connotación de mayor especialidad; en estos ámbitos de manera discreta —y sólo si se tiene máxima seguridad— debe preguntarse por esa línea. Por ejemplo se

diagnosticó sobre la curación de una lesión que fracturó hueso, pero el perito no es ortopeda y se requería una mayor especialización en esta materia. Se realizó un dictamen, que especificó una lesión cerebral, pero se requería el diagnóstico de un neurocirujano; se determinó por un médico forense un tiempo de muerte de un cadáver cuyos restos óseos se han encontrado, pero conforme a las particularidades, se requería unos estudios propios de los huesos por un antropólogo forense.

(B) También resulta oportuno, en materia de impugnación, la utilización de literatura de especialidad del perito, es importante, pero ello debe ser planificado; quien pregunta sobre esa base, debe estar completamente informado, ello sirve para sondear la actualización del perito y para reforzar tópicos o tesis que destaca un comentarista connotado; pero tal afán, no significa la elección de cualquier literatura, ello requiere una consciente investigación.

(5°) La impugnación de la prueba pericial, puede también centrarse respecto de la parcialidad del perito o los defectos notorios de la pericia. Para ello sirve en buena medida las exigencias legales, es decir, los peritajes deben cumplir un mínimo de conformidad con ciertas disposiciones normativas; es importante buscar las omisiones de los peritos, pero debe procederse con circunspección.

Lo anterior por regla general significa —y en caso contrario el perito tendrá que dar una excelente y convincente explicación— que lo que no está afirmado en un dictamen, es porque el perito no lo encontró en la labor que de peritación que realizó, a menos que tal dato se haya omitido; pero de ello debe tenerse información probatoria de respaldo. Ciertamente, también por regla general, cuando concurren estas omisiones, la credibilidad sobre las competencias del perito decrecerán, salvo que la justificación sea completamente razonable en términos de mantener la eficacia de la pericia.

En tal sentido, cuando concurren errores de este tipo, la técnica forense aconseja que la formulación de las preguntas deben ser formuladas en su manera negativa y de manera completamente cerrada; los ámbitos de rehabilitación del perito por supuesto, son atinentes a la contraparte, siempre y cuando ello sea posible en el contexto de los errores omisivos de la pericia.

Obviamente la impugnación de un peritaje tiene un orden, a tal cometido se debe proceder cuando se está en las postrimerías de la declaración. Si se denota signos de parcialidad o pérdida de objetividad del perito, debe de manera colateral, abordarse este punto, es decir estos ámbitos deben ser cubiertos por una línea de interrogatorio implícito; no conviene hostilizar —lo recordamos nuevamente— con el perito, ello es un recurso verdaderamente extremo.

A manera de resumen conclusivo sobre estos aspectos, quien interroga y contrainterroga al perito debe considerar: (a) es necesaria la presentación de la prueba pericial en cuanto a justificación; (b) la declaración del perito está suficientemente preparada; (c) el perito es una persona cualificada en su área, es un especialista, si el dictamen requiere ese rigor; (d) ha testificado el perito; (e) se tiene pleno conocimiento de la opinión del perito; (f) es necesario contrainterrogar al perito; (g) se ha preparado

concienzudamente el contrainterrogatorio; (h) debe impugnarse la cualificación del perito; (i) debe impugnarse la opinión, se está lo suficientemente preparado para ello; j) es posible modificar las conclusiones del perito o encontrar fisuras en la peritación.

9. El aseguramiento de la calidad en la pericia.

Este aspecto resulta medular en cuanto a la suficiencia de la prueba pericial, es decir, en cuanto al grado de confiabilidad que a la misma debe concedérsele; ello es consustancial con la propia naturaleza de la prueba pericial. Dicho medio probatorio es, por su propia naturaleza, una actividad que realiza una persona experta en una materia o disciplina determinada, siendo que en la generalidad de los casos, tal aptitud se encuentra sostenida sobre fundamentos de carácter científico en cuanto a las reglas que determinan dicho campo del saber.

En tal sentido, la acreditación de la calidad en la pericia es un aspecto fundamental de ella y debe ser rigurosamente observada en cuanto a la práctica de las experticias que se realizan, si conviene aclarar, que los niveles de calidad y sus exigencias serán diferentes dependiendo del área en la cual se realice el dictamen, sin embargo, deberán precisarse algunas cuestiones relativas al aseguramiento de la calidad pericial.

La calidad en la pericia puede ser enfocada desde diversas perspectivas, aquí únicamente se señalarán tres aspectos fundamentales de aseguramiento de la calidad que se sintetizan en los siguientes: a) el aseguramiento de la calidad respecto de la persona que realiza el acto pericial; b) el aseguramiento de la calidad en la metodología que se desarrolla para practicar la pericia; c) el aseguramiento de la calidad en áreas especializadas. A continuación se desarrollarán tales aspectos de la manera más sintética posible.

9.1. Aseguramiento de la calidad respecto de la persona del perito.

A fin de garantizar este aspecto que es fundamental y base en el desarrollo de la prueba pericial, se ha sostenido que el perito, no puede ser cualquier persona, sino sólo aquella que pueda asumir una condición determinada, en razón del rigor de sus conocimientos especializados para dictaminar en ciencia, técnica, disciplina o arte; es precisamente el concurso de esta circunstancia la que cualifica al perito, son estos conocimientos de idoneidad sobre una materia determinada, los que exige la ley para que una persona pueda peritar sobre una cuestión determinada, para las cuales se requieren estas particulares competencias.

La realización de la pericia como un acto ordenado jurisdiccionalmente, vincula necesariamente la orden del juez para la práctica del acto pericial en su aspecto formal, y en cuanto al contenido, la actividad también es de dirección, pero la misma debe ser correctamente entendida, tal dirección se limita a las necesidades que los jueces determinen respecto de lo que se deba probar; ello en modo alguno implica, imposición sobre la forma y metodología de practicar la pericia.

Conforme a lo anterior, el perito conserva siempre la facultad de utilizar sus competencias en relación con la práctica de la pericia, de la manera en la cual le resulten más idóneos; este ámbito de liberalidad del perito, es por así decirlo, irreductible; al perito se le solicita que dé conclusiones sobre ciertos hechos; la forma que el perito determine para dictaminar, le son discrecionales, ello es lo que se llama "libertad científica", por medio de la cual, el perito tiene un margen de amplitud para determinar la metodología aplicable a la realización de la pericia, siempre que los mismos tengan un rigor comprobable en cuanto a su aplicación.

La llamada libertad científica del perito implica entonces, que éste, en su calidad de experto y especialista en un área determinada del saber, se encuentra facultado para: (a) escoger la mejor metodología aplicable respecto del caso a peritar; (b) determinar las reglas de ejecución en la actividad de peritación; (c) utilizar los conceptos y principios propios de su disciplina para la realización de su ensayo o estudio del objeto sobre el cual recaerá la experticia.

Como contrapartida a este aspecto fundamental, de la libertad científica para sustentar su pericia, el perito tiene importantes deberes no sólo éticos sino que legales, que se traducen en la obligación de ser absolutamente veraz, lo cual implica que no debe incurrir en falsedades, en cuanto a las descripciones de las operaciones técnicas que realiza, ni de los exámenes realizados, ni tampoco respecto de las conclusiones finales. De igual manera debe el perito informar objetivamente, conforme a las reglas técnicas, de manera científica en la disciplina de su especialidad.

Se requiere además que se demuestre que el perito posee el conocimiento, la experiencia y destreza, en la materia en la cual dicta su experticia, por cuanto tal cualificación de la calidad personal del experto, es la que permitirá al tribunal –de manera razonable– sostener que la opinión del perito, se encuentra fundada en parámetros de razonable objetividad.

La calificación de la calidad de experto del perito, puede ser sustentada mediante estudios formales superiores o similares y en ciertas áreas de la realidad, mediante la comprobación del conocimiento especial que la persona ha adquirido mediante la experiencia dilatada del desarrollo de sus actividades –cuando la pericia está referida en materia de arte o técnica– en un especial ámbito del desempeño de la persona, que no es objeto de regulación educativa formal.

9.2. Aseguramiento de la calidad en la metodología de la pericia.

El aseguramiento del proceso de calidad de la pericia, no sólo queda circunscrito a la cualificación personal del perito, sino que es esencial respecto del método que utiliza el experto para la práctica de su peritación.

Lo anterior significa que debe acreditarse que la pericia, ha cumplido satisfactoriamente con el control de las pruebas técnicas que se han realizado en laboratorios, incluyéndose el proceso de análisis,

observaciones, valoraciones y experimentaciones que el perito realizó sobre el objeto del dictamen, todo ello, debe estar debidamente documentado.

La metodología empleada en las pericias —en la gran mayoría de ellas— debe sustentarse sobre principios de científicidad que deben de colmar estándares aceptables, lo cual implica que esta actividad metodológica, para realizar una pericia, debe contar con la validación de la comunidad científica, y por ello precisamente deben estar preferentemente publicados, por que sólo de esa manera se asegura el conocimiento, el debate, la crítica y la aceptación, en términos de solidez, de la opinión de comunidad académica.

La vinculación de la cualificación del procedimiento metodológico de la técnica pericial, respecto a la forma en la cual se aplican ciertos procedimientos para alcanzar determinados resultados que tendrían que ser usualmente invariables, ha permitido que de *lege ferenda* se apliquen controles de máxima confiabilidad en la pericia.

Lo anterior ha llevado que a nivel legislativo o jurisprudencial se determinen presupuestos básicos que posibiliten la valoración de la práctica de la pericia, para considerar si el proceso de realización se ha verificado con un estándar científicamente válido y si la metodología y el razonamiento pueden aplicarse a los hechos debatidos que deben ser probados en juicio; es decir, para efectos de valoración judicial, si el juez puede considerar que la pericia se encuentra basada en conocimientos científicos sólidos y si tal experticia le permite al juzgador, entender y determinar un hecho controvertido para tenerlo por acreditado o desestimar como hecho probado.

Por último, sobre este aspecto, como forma de garantizar la confiabilidad de la metodología empleada para practicar una pericia en un área determinada, los tribunales deben considerar como aspectos más generales: (a) si el material sobre el cual recayó el informe pericial, fue o podría ser analizado con técnicas que han o pueden ser validadas desde un enfoque científico; (b) si la teoría que se aplica al análisis pericial o la técnica implementada ha sido sometida a la revisión y validación de la comunidad académica; (c) si la técnica con la cual se realizó la peritación o la teoría aplicada en la experticia ha sido objeto de publicación; (d) la confiabilidad con los resultados de la pericia en términos de tasa de error potencial; (e) si la técnica o la teoría aplicadas a la pericia goza de aceptación general en la comunidad científica.

El otro aspecto fundamental de la acreditación de la calidad de la pericia, es el establecimiento de la confiabilidad en la técnica aplicada para la peritación, es decir en la puesta en práctica del método por el cual el perito realiza su análisis y operaciones periciales.

La acreditación de la suficiencia puede orientarse a los siguientes aspectos:

(a) La necesaria demostración que los procedimientos que se han utilizado se encuentran diseñados para evitar una posible transferencia de evidencias materiales entre fuentes diferentes —normalmente sucede en

pericias que requieren pruebas de laboratorio donde concurren diferentes evidencias materiales—.

(b) La demostración de que los hallazgos materiales sometidos a peritación, no han sido alterados indebidamente durante la ejecución de la pericia, en el sentido que dicha alteración se corresponda con ámbitos de contaminación.

(c) Para garantizar la confiabilidad de las operaciones, el perito en todo caso debe mantener un registro cuidadoso y permanente de todas las operaciones que ha efectuado durante el desarrollo de la peritación. En tal sentido todos los métodos y procedimientos de análisis deben estar completamente documentados.

En definitiva, el aseguramiento de la calidad de la práctica de las operaciones de la pericia, significa un proceso que garantiza satisfactoriamente que el dictamen pericial que se emita por un experto forense colma de manera plena una serie de requisitos que no permiten que la experticia sea cuestionada más allá de duda razonable.

9.3. El aseguramiento de la calidad en áreas especializadas.

Por último, la cualificación de la calidad en materia de prueba pericial, se determina sobre la base de asegurar que la realización de la pericia, cuando ocurre en áreas especializadas, mantenga una impolitez en cuanto a las operaciones que se realizan en dichos lugares.

Para garantizar lo anterior a nivel de laboratorios se exige que:

(a) En las áreas de laboratorio se cuente con un manual de calidad, que determine, por lo menos, los presupuestos siguientes: la determinación de metas y objetivos relativos a la peritación, el establecimiento de una dirección, el establecimiento de calidades esperadas para la práctica de las actividades periciales y el entrenamiento personal especializado; las estructuras físicas adecuadas para la realización de las pericias, un sistema de protección estándar de las evidencias y la realización de auditorías a nivel de laboratorios.

(b) Se requiere que los laboratorios funcionen con manuales de calidad, los cuales deben requerir: procesos de validación, procedimientos estándar, métodos analíticos, de calibración y mantenimiento de equipos, de pruebas de experticias, de acciones correctivas, de informes y revisiones.

Dos aspectos a destacar son el proceso de validación y el de calidad estándar. En cuanto al primero, éste consiste en el procedimiento que se utiliza por el perito para adquirir la información necesaria en el sentido de: 1°) posibilitar la determinación de las condiciones del ensayo, por las cuales podrá obtener los resultados que pretende alcanzar; 2°) determinar así mismo, con las limitaciones que se pueden presentar en el procedimiento ejecutivo de la pericia.

Las normas de calidad en laboratorios de investigación científica de ciencias forenses determinan, entre otros aspectos asegurativos, que: (1) se promueva el entrenamiento adecuado de los peritos y la actualidad de los mismos en los conocimientos teóricos y en la técnica pericial; (2) la promoción de la existencia de procedimientos y métodos normados que

regulen la unificación estándar de las pericias que se practican y de las diferentes metodologías que se pueden implementar de acuerdo a específicos objetivos de investigación pericial; (3) la promoción de contrapruebas de experticias en casos complejos; (4) el fomento de la evaluación del desempeño de los peritos; (5) la existencia de auditorías internas y externas de certificación de la calidad.

Entre los estándares de calidad, que se requieren para los laboratorios, se enuncian los siguientes:

(a) Que los laboratorios de investigación científica del delito se integren con una dirección, para actuar con absoluta autonomía e independencia de las actuaciones y del aseguramiento de la calidad forense.

(b) Establecer periódicamente las auditorías internas en las diferentes áreas de los laboratorios.

(c) Certificar la calidad de los laboratorios que se desempeñan en ciencias forenses, por instituciones de auditoría externa.

(d) El establecimiento de manuales e instructivos respecto de las obligaciones, deberes, facultades y derechos de las personas que laboran como peritos.

El procedimiento de la calidad en las instituciones forenses, en cuanto a las políticas de aseguramiento, se ciñen de manera esencial a la observancia de los presupuestos siguientes:

(1) Se debe evitar la contaminación de la evidencia con la cual se trabaja en el laboratorio.

(2) Se debe establecer la seguridad en el manejo de la evidencia material, para ello, debe registrarse documentalmente la identificación de todas las personas que han tenido contacto con la evidencia y por qué razones.

(3) Se debe registrar documentalmente todas las operaciones y actos que se han realizado con las evidencias en los laboratorios.

(4) Todos los procedimientos que se realicen, desde la recepción de la evidencia hasta su despacho, deben quedar registrados.

(5) Todas las operaciones técnicas que se realicen con una evidencia o que se desarrollen en una actividad pericial, deben estar completamente documentadas.

Conclusiones.

Señalaremos brevemente algunas conclusiones que pueden sustentarse de las reflexiones expuestas:

(1) La prueba pericial, es sumamente importante para la investigación de los hechos criminales y para la comprobación de los mismos.

(2) La condición de perito, exige de la acreditación de conocimientos especiales en una ciencia, disciplina, técnica o arte; su nombramiento corresponde al juez competente en el asunto penal que se tramita, salvo

que se trate de actos urgentísimos.

(3) La pericia es un acto de prueba sobre el cual el juez debe tener control, pero ello no significa que el juez intervenga directamente en la realización del acto pericial; la ley le reconoce al juez, en la medida de lo atinente, únicamente un rol de dirección respecto de los hechos que necesita que se le informen por medio de la pericia.

(4) No obstante la facultad de dirección del juez, el perito goza del principio de libertad científica, por el cual él elige la forma y aplica sus conocimientos para alcanzar los resultados de la pericia.

(5) El informe pericial escrito, se completa con el interrogatorio del perito en el debate, siendo este momento precisamente en el cual se realiza a plenitud el derecho de confrontación, como parte del derecho de defensa del abogado adversario.

(6) La preparación del perito, para que rinda su declaración en el juicio oral, no debe ser improvisada y deben cumplirse los requisitos del interrogatorio directo, para la testificación del experto.

(7) El contrainterrogatorio del perito, es un acto que impone una debida planificación y sólo en los límites de lo necesario. El contrainterrogatorio a un perito, es un acto que no puede ser también improvisado.

(8) El aseguramiento de la calidad de la pericia, es fundamental para la eficacia probatoria de la misma.

Bibliografía.

ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel y RODRÍGUEZ CAMPOS Alexander. "Lógica Jurídica y Motivación de la Sentencia Penal". Segunda edición. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica. 2002.

BERGMAN, Paul. "La Defensa en Juicio". La defensa penal y la oralidad. Segunda edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1989.

BINDER, Alberto M. "La fuerza de la inquisición y la debilidad de la república" en Justicia Penal y Derechos Humanos. Homenaje a José Ricardo Membrenío Jiménez. Jaime Martínez Ventura, compilador. FESPAD Ediciones. San Salvador. El Salvador. 2005.

CAFFERATA NORES, José I. "La Prueba en el Proceso Penal". 3ª edición, actualizada y ampliada. Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1998.

CAMPOS CALDERON, J. Federico. "Cadena de Custodia de la Prueba". Su relevancia en el proceso penal. Segunda edición. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica. 2003.

CASADO PÉREZ, José María; DURÁN RAMÍREZ, Juan Antonio; DURO VENTURA, César; LÓPEZ ORTEGA, Juan José; MARCO COS José Manuel; SALAZAR GRANDE, César E.; SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. "Código Procesal Penal Comentado". Tomo I. Corte Suprema de Justicia. Primera edición. San Salvador, El Salvador. 2001.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. "El Perito en el Proceso Penal Costarricense", Revista de Ciencias Jurídicas N° 34, enero-abril. San José, Costa Rica. 1978.

CLARÍA OLMEDO, Jorge A. "Derecho Procesal Penal". Tomo II. Actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe,

Argentina. 1998.

DURÁN RAMÍREZ, Juan Antonio. "Las Técnicas del Interrogatorio en el Juicio Oral" en Revista Justicia de Paz, N° 9, Año IV-Volumen II, mayo-agosto-2001. CSJ-AECI. San Salvador, El Salvador. 2001.

FERNÁNDEZ RIVERA, Diana Leyla. "Criminalística" en Técnicas de Investigación del Delito. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2004.

FENECH, Miguel. "Derecho Procesal Penal" V. I. 2ª edición. Editorial Labor. Barcelona, España. 1952.

FLORIAN, Eugenio. "De las Pruebas Penales". De las pruebas en particular. Tomo II. Reimpresión de la Tercera Edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1992.

FONTANET MALDONADO, Julio E. "Principios y Técnicas de la Práctica Forense". Jurídica Editores. San Juan, Puerto Rico. 1999.

FONTANET MALDONADO, Julio E. "Principios y Técnica de la Práctica Forense". UCA Editores. 1ª edición. San Salvador, El Salvador. 2003.

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor y CORTÉZ DOMÍNGUEZ, Valentín. "Derecho Procesal Penal". Colex. Madrid, España. 1996.

GÓMEZ LÓPEZ, Luis Miguel. "Técnicas en la Investigación del Delito" en Ciencias Penales. Monografías. 1ª edición. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador, El Salvador. 2001.

HEGLAND, Kenney F. "Manual de Prácticas y Técnicas Procesales". Traducción de Anibal Leal. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 1995.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. "Valoración de la Prueba en el Proceso Penal". AECI-CNJ. San Salvador, El Salvador. 2003.

JAUCHEN, Eduardo M. "Tratado de la Prueba en Materia Penal". Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, Argentina. 2002.

LEONE, Giovanni. "Tratado de Derecho Procesal Penal". Tomo II. Traducción de Santiago Sentis Melando. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina. 1963.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. "Proceso Penal Comentado". Código Procesal Penal Comentado. Segunda Edición. Primera reimpresión. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica. 2003.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier "Derecho Procesal Penal". Tomo I. Aspectos Generales. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica. 2005.

MANZINI, Vincenzo. "Derecho Procesal Penal". Ediciones Jurídicas Europa-América, T. III, traducción de Sentis Melando y Merino Ayerra Redin. Buenos Aires, Argentina. 1952.

MARROQUIN GALO, Fernando. En el Prólogo de la obra "Principios y Técnicas de la Práctica Forense" de Julio E. Fontanet Maldonado. UCA Editores. San Salvador, El Salvador. 2003.

MOENSSES A. A; STARRS J. E; HENDERSON C. E; INBAU F. J "Scientific Evidence in civil and criminal Cases". The Foundation Press Westbury New York, USA. 1995. Traducción de Carlos Matías González Lizano.

QUIÑONEZ VARGAS, Héctor. "Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño". Un análisis crítico del sistema oral en el proceso penal salvadoreño, desde una perspectiva acusatoria adversativa. 1ª edición. DPK-USAID. Proyecto para el apoyo del sistema de Justicia. San Salvador, El Salvador. 2003.

RAMOS GONZÁLEZ, Carlos y VÉLEZ RODRÍGUEZ, Enrique. "Teoría y Práctica de la Litigación en Puerto Rico. Michie Butterwoth. San Juan, Puerto Rico. 1996.

RODAS ARTIGA, Genaro. "Balística Forense" en Técnicas de Investigación del Delito". Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador, El Salvador. 2004.

ROXIN, Claus. "Derecho Procesal Penal". Traducción de la 25ª edición alemana por Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina 2000.

TINETTI, José Albino; CRUZ AZUCENA, José Manuel; SALAZAR TORRES, Godofredo; JOSA, María Antonieta; MARROQUIN GALO, Fernando y SORIANO RODRIGUEZ, Salvador Hector. "Ensayos N° 1. Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal". Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial. Primera edición. San Salvador, El Salvador. 1999.

VASQUEZ ROSSI, Jorge E. "Derecho Procesal Penal". Tomo II. El Proceso Penal. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, Argentina. 1997, p 323.

4. Hacia la mediación penal.

María Elena Caram

Abogada y mediadora argentina.

SUMARIO.

1. Introducción. 2. Modelo de mediación. 3. Mediación en los casos conectados al ámbito penal y juvenil. 3.1. Objetivos. 3.2. Partes. 3.3. Procedimiento. 3.4. Rol del mediador. 3.5. Comediación. 3.6 Acuerdos. 4. Oportunidades posibles dentro del proceso penal. 5. Casos aptos y conclusiones.

1. Introducción

Mi propósito primeramente, es resumir en forma brevísima los rasgos centrales que alimentan el concepto de mediación, tal como nosotros lo entendemos, con ánimo de poner en común este modelo, y luego bosquejar el diseño que prevemos para esta nueva franja de casos que en términos más que generales llamamos mediación penal¹. Con ello no hago más que sintetizar y ordenar algunas de las ideas sobre las que hemos venido trabajando con los participantes de las reuniones preparatorias de la Experiencia Piloto en Mediación Penal proyectada y dispuesta por el Ministerio de Justicia de la Nación².

1. Los nombres de los Proyectos pueden ser muchos: Programas de Reconciliación Víctima - Ofensor; Programas para Jóvenes Infractores, y por lo general sugieren ideas diferentes con relación al objeto de la mediación en estos casos (reparación económica, reconciliación, etc.) y presentan muchas diferencias entre sí en cuanto a los sujetos participantes (mayores, menores, primerizos, etc.), en cuanto a la relación con el tribunal (derivados por los tribunales previos al ingreso en proceso, en centros comunitarios con independencia del tribunal, etc.), en cuanto a las características de los mediadores (comunitarios, profesionales, etc.). Nosotros hemos englobado todas estas particularidades utilizando la ya difundida expresión mediación penal.

2. El proyecto de experiencia piloto se enmarca en las siguientes resoluciones: Resolución 45/99 del Procurador General de la Nación proponiendo la intervención de la Dirección Nacional de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (D.I.N.A.M.A.R.C.) del Ministerio de Justicia de la Nación en los supuestos del Art. 76 bis del Cod. Penal; resolución 46/99 creando una Comisión integrada por funcionarios de la Procuración; resolución 1249/99 del Ministerio de Justicia Designado a la D.I.N.A.M.A.R.C. como ámbito de desarrollo de la experiencia; resolución 2478/99 de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal, designando representantes de dicho cuerpo para participar en la elaboración del proyecto.

A su vez, en reunión de fecha de 23 de junio de 1999, el Secretario de Justicia de la Nación, lanzó la experiencia piloto en presencia de representantes del Poder Judicial, Ministerio Público Fiscal, Ministerio Público de Defensa, Colegio Público de Abogados, Asociación de Magistrados, Oficina de Protección a la Víctima y diferentes sectores conectados con los conflictos penales.

Con Fecha 13/10/99 se dicta una resolución acordada de la Cámara Nacional de Casación Penal donde declara de interés institucional la experiencia piloto en Mediación penal.

No intento en cambio, abordar la cuestión desde el punto de vista criminológico y de la ciencia penal, dejando a los especialistas el análisis de las repercusiones teóricas que este método pueda plantear³.

2. Modelo de mediación

Me gustaría enfatizar que cuando hablamos de mediación, estamos pensando en un sistema alternativo, no excluyente, de resolución de conflictos, donde las partes, asistidas por un tercero neutral, son acompañadas en el proceso de toma de decisiones con relación a su desacuerdo. Ello implica que, a lo largo de este proceso, generalmente breve, puede reanudar su diálogo, intercambiar sus puntos de vista, adoptar decisiones y de ser posible, alcanzar un acuerdo.

Son de la naturaleza más íntima de la mediación estos rasgos: **Voluntariedad.** Las partes deciden si acuden o no, si permanecen o no dentro del proceso, si acuerdan o no y en tal caso el contenido de estos acuerdos.

Confidencialidad. Toda la conversación que el mediador mantiene con las partes o entre sí, queda protegida por esta reserva que impide se traslade a otro ámbito, incluso al judicial, lo manifestado por los participantes. Generalmente se suscribe un convenio en este sentido que enfatiza esta privacidad, favoreciendo así que el diálogo sea más franco y distendido. Naturalmente, esta reserva no se extiende al acuerdo que pueda alcanzarse.

Flexibilidad. El mediador adaptará el desarrollo del procedimiento a la forma que estime más útil, para una mejor comunicación entre las partes, pudiendo reunirse con las partes en forma conjunta o individual.

Autocomposición. Es quizá una de las características más brillantes de la mediación: las partes se dan su propia solución reteniendo para sí este poder, y si el proceso puede ser llevado adelante con la riqueza plena que posee, el resultado es una solución elaborada cooperativamente por las partes, no una frente a otra, ni una sobre otra, sino una con la otra, ayudadas por el mediador.

Mirada al Futuro. Más que detenerse en los hechos del pasado o buscar la atribución de culpas, el desafío es proyectar una salida hacia adelante que permita el futuro alivio de las partes.

Énfasis en las necesidades reales. Más allá de lo que las partes dicen sostener y reclamar, se ahonda el trabajo para que se sustente en lo que las personas más necesitan con relación a estos hechos.

3. En este sentido, dejando a un lado la bibliografía específicamente penal, y ya en su convergencia con la doctrina acerca de la resolución alternativa de conflictos puede verse entre otros: HIGHTON, Elena; ALVAREZ, Gladys y GREGORIO, Carlos. "Resolución Alternativa de disputas y sistema penal"; Ed. Ad. Hoc, 1998. NEUMANN, Elias. "Mediación y Conciliación Penal", Ed. Depalma, 1997. TAMINI Adolfo L. "La mediación aplicada al Derecho Penal"; Doctrina Judicial, 1999-2-364. COSCIA, Osvaldo. "¿Es posible mediar el conflicto penal?"; Revista de la Fundación Libra, p. 33, año 2, No. 3.

Conduce esta tarea un mediador que trabaja solo o en comediación, que no da la solución al problema, pero sí reinstala el diálogo entre las partes y las ayuda a avanzar en la reflexión de su conflicto, evaluar la realidad en que se encuentra y proyectar una salida.

Como sabemos, el mediador no tiene una competencia o un poder adjudicado, pero a fuerza de presencia, de confianza en su figura y su rol, intenta crear un clima propicio para este trabajo. A través de su empatía, su capacidad para escuchar, para mantener su difícil neutralidad sin perder sensibilidad, evitando aconsejar, valorar, juzgar y respetando con humildad, no siempre fácil, la solución que las partes deseen y no la que él mismo propugnaría.

Su que hacer, se ciñe a las normas éticas que enmarcan su profesión.

Esto en cuanto a la mediación en general.

3. Mediación en los casos conectados al ámbito penal o juvenil.

a) Lo que no es:

En primer lugar, quisiera despejar algunos secretos-temores con respecto al alcance de la mediación en este ámbito.

1. Obviamente no es un procedimiento para negociar privadamente la graduación o la aplicación de las penas dentro de un sistema donde predomina el principio de legalidad.
2. Tampoco es un mecanismo de impunidad. Lejos de ello, afirma una presencia y un tratamiento de casos, que a veces no es posible atender en forma completa dentro de la exigida tarea del fuero.
3. Nunca debiera agravar la situación de las partes desde su perspectiva procesal ni personal.
4. La participación en la mediación no debe ser tomada como indicio de culpabilidad de alguna de las partes.
5. No todos los casos son apropiados para la mediación, ni todas las personas son aptas para este procedimiento.

b) Lo que sí es:

Como aproximación general, podemos decir que es un procedimiento que respeta las características mencionadas en el diseño mostrado en el punto I, con algunas particularidades que señalaremos a lo largo de este artículo. De este modelo general marcamos decididamente la voluntariedad y confidencialidad de este procedimiento, sin perjuicio de los otros rasgos siempre presentes, así como el desplazamiento de la atención, con relación a la búsqueda de la verdad o determinación de las responsabilidades hacia la solución del problema.

La llamamos mediación penal, porque se ha de desarrollar entre las partes conectadas por un hecho, que puede ser desplegado jurídicamente en un proceso penal, con el marco que para la negociación ello implica, atendiendo a la particular fuerza que sobre los protagonistas ejerce la posibilidad de que al cabo de dicho proceso, se decida la aplicación de una sanción penal⁴.

Cuando la mediación se realice dentro del ámbito de la justicia de menores, hemos privilegiado la denominación de *mediación juvenil*, para destacar la posibilidad de su desarrollo, dentro del marco del expediente tutelar y no necesariamente en el represivo.

3.1. Objetivos

Más allá de los objetivos generales de un proceso de mediación, que se explicitaron en el punto I, la mediación en casos penales busca:

1. *Provocar el compromiso activo de las partes en el tratamiento de su conflicto*: Las personas involucradas abandonan el rol de espectadores de su procedimiento para ingresar en una discusión activa sobre su problema⁵.

Es interesante observar como, en muchos casos, el desarrollo del proceso penal se va alejando de lo que realmente les sucedió o sucede a las partes, ya sea por el rol protagónico que el Estado adopta, por la intermediación de los abogados y fiscales o por la propia estructura del juicio.

En este sentido, la llamada víctima suele tener un papel pasivo dentro del proceso, que generalmente la deja insatisfecha, mientras que el denunciado asiste más a la secuencia de los pasos procesales, que a los efectos reales de su accionar y la repercusión genuina que en el afectado tienen⁶.

2. *Intentar el contacto recíproco entre las partes*. El mediador graduará cuidadosamente esta posibilidad, pero, de ser posible, este preservado encuentro ayudará a despejar temores y mitos alrededor de las personas.

4. Los expertos en negociación han desarrollado el concepto de alternativa, haciendo referencia a las posibilidades que las partes tienen con relación a su conflicto, en caso de no acordar dentro de la negociación misma, destacando la gravitación que ello tiene en el desarrollo de dichas tratativas (ver en este sentido "Obtenga el sí" de WILLIAM, Ury y FISCHER, Roger, p. 99. Compañía Editorial Continental, 1995). Resulta claro que dentro del ámbito penal, en atención al principio de la legalidad, el desarrollo del proceso judicial y la posibilidad de aplicación de una sanción penal es una alternativa de persistente peso en las decisiones de las partes.

5. TAMINI, antes cit. Se trata, en mi opinión, de incorporar al conflicto un proceso dinámico entre víctima y delincuente, con la discusión activa del problema: quien cita a su vez a GIMENEZ SALINA y COLOMER, Esther, "La conciliación víctima - delincuente: hacia un derecho penal reparador", Cuadernos de Derecho Judicial. La Victimología, p. 359.

6. En el mismo sentido ver, por ejemplo, WOOLPERT, Stephen, "Los programas de reconciliación víctima-ofensor"; GROVERDUFFI, Karen y otros, "La mediación y sus contextos de aplicación", p. 328, Ed. Paidós, 1996.

En ningún caso permitirá que este acercamiento recree la expresión de resentimientos vengativos o agraviantes que produzcan la revictimización de los participantes.

Curiosamente, vale la pena resaltarlo, la experiencia de aplicación de otros sistemas marca que las víctimas suelen acceder a aceptar estos encuentros, por muy diferentes razones, por ejemplo: para saber más acerca de lo sucedido, descubrir la identidad y motivación del infractor, recibir una disculpa, tener oportunidad de contar su historia, prevenir otros hechos y obtener alguna reparación de sus pérdidas⁷.

Desde el punto de vista del infractor, puede existir un deseo de reconciliación o de mitigar sus sentimientos de culpa: ofreciendo una explicación o evaluar la posibilidad de que ello mejore su situación procesal, entre otros móviles.

El mediador atenderá a las razones personales de las partes, a fin de construir un diagrama del conflicto real entre las personas, más basado en las necesidades de los individuos que en la argumentación técnico-legal, cuyo marco natural es el juicio.

3. *Incorporar la percepción del otro*. El intercambio de explicaciones sobre los hechos, tanto de uno como del otro, permite que cada parte comprenda mejor los efectos de la situación vivida. Recordemos que la mediación puede proveer un escenario adecuado para esta conversación, situación que no siempre las partes pueden sostener por sí, más allá del importante esfuerzo conciliador que muchos magistrados conducen. Desde este punto de vista, debe recordarse que la circunstancia de que la mediación se lleve a cabo en un ámbito distinto al del tribunal, puede contribuir a crear un clima más favorable para que el mediador trabaje con cada parte, asegurándose que va a ser útil, y de ser posible, reunirlos antes de intentarlo.

4. *Buscar soluciones conjuntas*. Mucho más que la atribución de culpas o responsabilidades, el procedimiento se centra en pensar cómo aliviar las consecuencias de los hechos que han atravesado las partes.

En este aspecto, interesa marcar que la idea de la *reparación*, es una noción importante dentro del esquema de soluciones previsibles, sobre todo, si la posibilidad de aplicación inicial se encuentra dentro del marco del art. 76 bis del Código Penal argentino –suspensión del juicio a prueba, pero debe atenderse que cuando hablamos de reparación, lo hacemos en un sentido amplio, abarcador de muchas modalidades reparatorias posibles, quizá algunas no tan valiosas desde el punto de vista patrimonial como una restitución lineal, pero sí en su sentido simbólico para las partes.

A manera de metáfora, recordemos aquella película china, donde en la última escena la protagonista –quien ha seguido una verdadera epopeya judicial– ve angustiada que llevan detenido al agresor de su esposo con quien ella, al momento de la sentencia, ya se ha reconciliado, y dice: "...yo sólo quería una disculpa..."⁸

7. Conf. WOOLPERT, Stephen, ob. cit., p. 329

8. La película es "Quiu Yu, una mujer china", y es profundamente elocuente en muchos aspectos. Por ejemplo, en cuanto a lo que significa una mediación donde el mediador

5. *Generar toma de conciencia.* Las partes deben tomar genuina conciencia de las consecuencias de los episodios vividos. Esto va para ambos: para el denunciante, comprender *las razones y móviles* de quien actuó; para el denunciado, la genuina *responsabilización*, no en sentido jurídico sino social de su accionar, cuando no el arrepentimiento.

Ello exige mínimamente, la posibilidad de que las partes tengan aptitud para llevar adelante un tratamiento racional, no por ello menos espontáneo, del problema y del procedimiento en que se encuentran. Esta condición indudablemente, actuará como un verdadero filtro de la mediabilidad de los casos.

6. *Evitar la revictimización de quien se siente afectado.* Mucho se ha hablado de las dificultades que las víctimas atraviesan, más allá de los efectivos padecimientos derivados de los hechos denunciados.

Elías Neuman, en este sentido, ha sido más que elocuente en tal aspecto: *"Implica que la víctima del delito emerja de su devaluó y postración, de su pena estancada, y encuentre en el resarcimiento de daños (en el sentido trascendente del vocablo) paz interior, y a la vez que el victimario no sea despeñado al laberinto represivo de la sociedad del que luego será difícil emerger"*⁹. También lo ha sido al señalar, que frecuentemente una inadecuada solución, que ni siquiera es deseada por quien denuncia el hecho, transforma en víctima a quien fuera ofensor, enajenando su futuro, el de su familia y su posibilidad posterior de reinserción social.

7. *Alcanzar una solución más completa.* Confiamos que la mediación ayude a las partes a encontrar una solución más completa, que les permita vivir mejor en el futuro. Sabemos que la sentencia judicial, más allá de su estricta justicia, en el sentido de legalidad y de las fecundas posibilidades interpretativas del magistrado, no siempre resuelve la totalidad de la situación fáctica, y que si dejan a las personas insatisfechas, alimentan en muchos casos rencores y resentimientos profundos que no sólo no se logran despejar, sino que conducen a una escalada en el conflicto.

La mediación resulta útil particularmente en aquellos supuestos donde hay vínculos previos —cuando no futuros— entre las partes, con viejos desencuentros y malentendidos que nunca lograron disiparse. La resolución judicial, en este caso, aun dictada con el mayor acierto, difícilmente logrará destrabar estos enconos. Es más, probablemente los exalte. Pensemos, por ejemplo, en los casos de amenazas.

dispone una solución sin atender a los intereses de las partes, generando insatisfacción y rebeldía frente a la solución dispuesta, pero también, y esto nos importa ahora aquí, muestra la tenacidad con que la protagonista asume la continuación de la acción atravesando todo tipo de vicisitudes, y la extemporaneidad de la solución judicial.

9. NEUMAN, Elías. *"Conciliación y Mediación Penal"*, p. 52, ed. Depalma, 1997.

3.2. Partes

Protagonizan la mediación el denunciante y el denunciado, tomando las expresiones en un sentido amplio (abarcador de querellante-querellado, imputado, ofensor-ofendido, víctima-victimario). Sin embargo, hemos preferido la de "denunciante-denunciado" buscando una nominación genérica, y no pensada en función de un desarrollo más profundo de los hechos, ya que, en principio para el mediador son dos partes (o más) que ingresan en su sala¹⁰.

Los letrados o defensores podrán acompañar a estas partes. Como es sabido, su asesoramiento dentro o fuera de las reuniones resulta invaluable para la tarea del mediador, más allá del protagonismo personal que se adjudica a las partes directas.

Recordemos que la circunstancia de desarrollarse este espacio de conversación, dentro del marco actual de un proceso penal o ante la inminencia del mismo, impone la necesidad del conocimiento —para las partes— de las consecuencias jurídicas de su participación en el procedimiento, así como del acuerdo que puedan alcanzar.

Una pregunta frecuente entre los defensores, gira alrededor del incentivo que puede tener para un imputado, desde el punto de vista procesal, participar de un proceso de mediación.

Está claro, como ya hemos dicho, que el principio de legalidad no permite asegurar una incidencia directa de un acuerdo entre las partes sobre el resultado de la acción; sin embargo, la perspectiva que al conflicto le confiere que las partes involucradas hayan alcanzado un acuerdo, no parece poco significativa a la hora de evaluar el curso que tomará el proceso, tanto si se trata de la suspensión del juicio a prueba, como de la graduación de la pena o la concesión de la libertad condicional. Ello sin dejar de contar, con la incidencia personal que un proceso de mediación, bien conducido, debiera dejar en sus participantes.

No integran las reuniones de mediación, ni los magistrados, ni los fiscales-defensores ni, en su caso, los delegados tutelares.

3.3. Procedimiento

Solicitada nuestra intervención como mediadores, comenzaremos encuentros individuales con las partes, tendientes a asegurar básicamente estos objetivos:

- a) Cerciorarnos de que los participantes conozcan las características del procedimiento, particularmente:

10. No es coincidente este criterio que nuestra formación de mediadores nos impone. Para algunos autores debe haberse asumido la responsabilidad del hecho, por lo que ingresarían en la mediación categorizados en cierta forma como "víctima-victimario". Ver HIGHTON, Elena, obra cit., p. 67, al comparar la mediación civil con la penal. En nuestra mirada, el despliegue de los relatos —más allá de la calificación legal— ubicará naturalmente la situación de las partes. Es una apuesta fuerte al ideal de neutralidad del mediador, o cuanto menos, a despojarse de supuestos previos.

* La voluntariedad en todos sus aspectos, donde de verdad se privilegia la decisión de las personas, como forma de auténtica legitimación de las mismas ¹¹.

* El carácter confidencial, para que comprendan la particularidad de este ámbito diferenciado del judicial, con miras a sostener un escenario diferente;

* Y por sobre todo la autocomposición, es decir la responsabilidad que les cabe en cuanto a elaborar su propia solución.

- b) Escuchar el relato de las partes;
- c) Conversar sobre sus expectativas;
- d) Generar el clima de confianza imprescindible para desplegar el procedimiento;
- e) Preparar, de ser posible, el encuentro conjunto.

Estas reuniones preparatorias, que algunos llaman *premediación* o *preparación* de la *mediación* propiamente dicha, resultan imprescindibles para percibir el grado de conflictividad de las partes, sus expectativas y la repercusión que les produciría en eventual diálogo directo entre sí.

Sólo cuando sienta que el encuentro personal ha de ayudarlas, el mediador lo propiciará preparándolo preservadamente.

3.4. Rol del mediador

El mediador trabajará para generar la confiabilidad que permita ir despejando la inseguridad, temores y ansiedad de las partes.

Retomo la idea del mediador que abre con espíritu libre su mediación, con la frente despejada, sin un preconceito sobre los individuos y sus cuestiones. Para él, son dos personas envueltas en un episodio común, a quienes escuchará intensamente, y, aunque la mediación secundariamente tenga un fuerte sentido pedagógico en nada descartable, no adoptará un rol didáctico, ni un tono pontificador, cercano a una soberbia que en nada se conduce con el proceso transformador que deben vivir las partes por sí. Tampoco en un aire terapéutico, fuera de escenario, como si las limitadas reuniones de mediación fueran suficientes para descifrar el alma de las personas.

11. Utilizo la palabra revalorización en el más completo sentido que le otorga la mediación transformativa. Ver FOLGER, J.P. y otro, "La promesa de la mediación", Ed. Granica, 1996, p.135, donde, como es sabido, se postula un modelo de mediación sustentado en la legitimación personal de los participantes y el reconocimiento mutuo entre los mismos (p. 140). Muchos de los lineamientos de este modelo cobran vigencia para este tipo de mediación.

3.5. Comediación

Valoramos intensamente la posibilidad de actuar interdisciplinariamente. Recordemos que el tratamiento que la mediación da a los conflictos es diferente del de cualquier otro ámbito, ya sea el abordaje jurídico como la oferta del espacio terapéutico.

Ello lleva a construir una práctica social diferente de las disciplinas de las que abrevia, y que la integración como objeto de trabajo de la percepción de lo vivencial y personal de los disputantes, como lo que constituye el conflicto, supone una mirada atenta sobre la conducta de los sujetos o las motivaciones que la determinara.

Simultáneamente recordemos, que aunque se postergue el enfoque jurídico o judicial de las cuestiones traídas a mediación, su posibilidad actual, inminente o futura de ser judicializadas, obliga a una presencia que pueda comprender el escenario global donde estos conflictos aparecen.

En este sentido, la comediación interdisciplinaria nos ha sido de importante ayuda en la experiencia de nuestro centro, y confiamos en ella una vez más ¹².

3.6. Acuerdos

Como corresponde a los acuerdos en mediación, éstos nada dirán en términos de culpas o responsabilidades, sino solamente expresarán las presentaciones actuales o futuras a las que las partes se comprometen por sí.

Aun de no alcanzarse el acuerdo, confiamos en que quienes acudieron se irán mejor de lo que han venido, con la sensación de haber transitado un proceso intenso y personal dentro de un marco de respeto por su libertad, su capacidad de actuar, dialogar y decidir.

Para un mediador, que las personas se vayan mejor, consigo mismas y con el otro, es un logro nada deleznable, que aunque a veces no sean más que logros silenciosos que queden sólo en el ámbito reservado de la sala de mediación.

4. Oportunidades posibles dentro del proceso penal.

Como sabemos, el predominio en materia penal del principio de legalidad, restringe algunos aspectos de disponibilidad de las partes con relación al conflicto que llevan a la mediación. Sin embargo, aun sin contar todavía con la consagración legislativa de algunas modalidades del principio de oportunidad, existen efectivos supuestos donde la mediación puede prestar sus servicios.

De hecho, gracias a la circular 45/99 del Ministerio Público Fiscal argentino, se realizó la Experiencia Piloto, dentro del marco de la suspensión

12. Las ideas sobre la interdisciplina que constituye la mediación, a diferencia de los conceptos de codisciplina y transdisciplina, me fueron sugeridos por mis compañeras Florencia Brandoni y Patricia Arechaga.

del juicio a prueba (art. 76 bis).

Ello no excluye otros supuestos de aplicación gradual como las acciones privadas, donde la disponibilidad de la acción por las partes permite un campo más amplio de trabajo.

También resultaría posible aplicar este método a las dependientes de instancia privada, si puede intervenir antes que ingresen en el impulso de oficio (para el caso que sea posible desdoblarse el momento de denunciar y de instar la acción).

No debieran descartarse otros valiosos supuestos, en los que el acuerdo puede ser tenido en cuenta para valorar la graduación de la pena (art. 40 y concordantes, Código Penal argentino) o la aceptación de la condena condicional (art. 26 y concordantes del mismo Código)¹³.

Dentro del ámbito de la justicia de menores, la posibilidad de aplicación más amplia la encontramos dentro del marco del *proceso tutelar*.

Se trata, en todo caso, de poner a disposición del magistrado y fiscal-defensor actuantes, un acuerdo —cuando sea posible— entre los supuestos actores (denunciante-denunciado) como un elemento más para ser ponderado en sus decisiones sobre el caso.

5. Casos aptos y conclusiones.

La Experiencia Piloto ha de llevarse a cabo con gradualidad. A su vez, debe recordarse que no todos los casos presentan, como hemos dicho, igual aptitud para ser mediados.

En primer lugar, existen *limitaciones para cualquier proceso de mediación*, como los conflictos que tratan sobre valores profundos de las personas, o donde éstas buscan una decisión judicial, o el esclarecimiento de la verdad o de las responsabilidades, o donde el nivel de la violencia actual impide el tratamiento racional de las cuestiones y no garantiza un cierto grado de libertad de decisión.

Igualmente, no todos los individuos son aptos para transitar este método, porque tienen que poder comprender mínimamente el contexto dentro del cual se desarrolla este procedimiento, el marco normativo que está gravitando en el conflicto y la consecuente idea de trasgresión.

Parte de esta ubicación puede, a veces, ser trabajada dentro de la mediación, pero requiere una disposición básica para comprenderla así, como mínima aptitud expresiva de los partícipes. Asimismo, pueden existir desniveles de información sobre las cuestiones en juego, o sobre el alcance del acuerdo. Si estos desequilibrios resultan insalvables para el mediador, no debería avanzar con la mediación. Estas circunstancias a veces se perciben antes, y otras con el desarrollo del proceso.¹⁴

13. SUPERTI, Héctor. "La víctima, la mediación y el sistema penal", LA LEY, 1996-C, 1109.

14. DAVIS, Albie y SALEM, Richard. "La mediación, una forma de nivelar el poder de las partes", cit. por Álvarez, Gladys en revista de la Fundación Libra, p.23 y ss., año 4 No.5

Existen además limitaciones propias de la índole de los conflictos penales. Menciono sólo algunas, y otras serán justamente conclusión de la Experiencia Piloto. Obviamente quedan descartados, los supuestos donde los ofensores no han podido ser ubicados, porque faltaría una de las partes que sostiene el conflicto. Del mismo modo, no es fácil —por ahora— pensar en la incorporación de supuestos donde se han vivido situaciones de alta tensión o emotividad reciente, y que habrá que evaluarlos muy cuidadosamente.

Ello llevará a que se atiendan, en una primera etapa, los *delitos menos dañosos*, y con *infractores primarios*. También existen marcos limitativos que hacen al contexto externo, como la necesidad de que los participantes estén protegidos fuera del ámbito de la mediación. Y naturalmente, aún cuando se den todas las condiciones precedentes, tratándose de un procedimiento voluntario, resta *que las personas quieran libremente participar y sus letrados así se lo aconsejen*.

Aunque el desafío sea importante, vale la pena intentar, entre todos los operadores del sistema, otro esfuerzo por honrar la paz social, agregando nuevas formas de una justicia, quizá no perfecta, pero sí posible, nítida, rápida, económica y cercana para las partes.

Este trabajo fue facilitado por la autora, para su eventual publicación, como parte de los insumos de la consultoría sobre "Resolución alterna de conflictos" (octubre de 2004). Dicha actividad se realizó dentro del Programa de Formación Inicial para Jueces (PFI), con el apoyo de la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo (ASDI-PNUD).

5. Empresa individual de responsabilidad limitada y sociedad unipersonal. Especial referencia al Derecho salvadoreño.

Dr. Rutilio Antonio Díaz Martínez.
Catedrático de Derecho Mercantil
de la Universidad de El Salvador.

Sumario.

Introducción. 1. Limitación de la responsabilidad en las sociedades mercantiles. 2. Aspectos que condicionan la utilización de la figura de la empresa individual de responsabilidad limitada. 3. Responsabilidad y riesgo del empresario en la actividad mercantil. 4. La sociedad unipersonal. A. Clases de sociedad unipersonal. A.1 sociedad devenida unipersonal. A.2 sociedad de conveniencia. B. Régimen jurídico de la sociedad unipersonal. C. Ventajas de la sociedad unipersonal frente a la empresa individual de responsabilidad limitada. 5. Conclusiones y recomendaciones. 6. Índice bibliográfico.

Introducción.

Consecuencia de la garantía universal del patrimonio o derecho general de prenda del acreedor, es la responsabilidad ilimitada del empresario individual, misma que desde el punto de vista del riesgo derivado de la actividad constitutiva de empresa, permitió el planteo de la necesidad, conveniencia y licitud de extender el beneficio de su limitación —reconocida únicamente en el ámbito societario (socio comanditario en la sociedad en comandita simple y en la de comandita por acciones, sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada)— al sujeto que en forma individual ejerce su actividad empresarial.

Las fórmulas jurídicas propuestas por la doctrina y el Derecho comparado han sido la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada y la Sociedad Unipersonal, de las cuales, nuestra legislación se inclina por la primera, y si bien reconoce la sociedad unipersonal, lo hace dándole un carácter transitorio, sólo al efecto de conferir un plazo durante el cual el socio único debe traspasar alguna participación social a otra persona (reconstituirse) o convertir la sociedad en empresa, por lo tanto, la sociedad en situación de unipersonalidad está condicionada a desaparecer debido a que no reúne el número mínimo de socios exigidos por la ley.

La institución ofrecida por nuestro Código de Comercio al empresario individual que aspira limitar su responsabilidad derivada del riesgo empresarial, ha sido escasamente utilizada, y la única vía de escape sigue siendo la de dejar de ser empresario individual para convertirse en empresario social, ya que en virtud del reconocimiento de la personalidad jurídica, la sociedad creada pasa a ser empresario social y esa sociedad,

y no el empresario físico, será la que responda de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros.

En la huida del empresario individual a la fórmula societaria, es palmario que se elude el carácter necesariamente asociativo, valiéndose de la interposición de testaferros que simulan tal carácter, igualmente puede advertirse que otras veces se acude a la personalidad jurídica de la sociedad para eludir obligaciones con terceros, por tanto, está de más decir, que la sociedad no siempre se utiliza correctamente para los fines que fue creada; y aunque la doctrina, el derecho comparado y la jurisprudencia extranjera han establecido la posibilidad de penetrar en el *substratum* de la persona jurídica, para poner al descubierto su realidad subyacente y acabar con los posibles abusos que a su amparo se estuvieran cometiendo, nuestra *práctica forense* no registra indicios de su aplicabilidad.

El actual panorama económico mundial, manifiestamente exteriorizado en las alianzas, bloques, acuerdos o uniones de estados, constituyen un elemento significativo de reflexión sobre nuestra integración jurídica con la realidad, y en ese contexto, legisladores y juzgadores deben tener un alcance corrector, orientado a la adaptación de la norma a los cambios sociales, mediante el restablecimiento de equilibrios destruidos por la tensión dialéctica entre teoría y práctica. En ese sentido, no pretendemos agotar las reflexiones sobre la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada y la Sociedad Unipersonal, sino más bien, contribuir para la mejor comprensión y visión crítica de estas fórmulas de limitación de la responsabilidad del empresario individual, escasamente analizadas en nuestro sistema jurídico, demostrando la racionalidad de la unisubjetividad dentro de la institución societario-capitalista, y ofreciendo, en consonancia con las circunstancias del momento histórico salvadoreño, una versión evolucionada del concepto de sociedad, que pueda servir de estímulo para acometer un replanteamiento sistemático global de la disciplina del Derecho de Sociedades.

1. Limitación de la responsabilidad en las sociedades mercantiles.

De conformidad a lo que dispone nuestro Código de Comercio, la persona física inversionista que pretende limitar su responsabilidad hasta el monto de su inversión, puede hacerlo participando como socio comanditario en una sociedad en comandita simple o en comandita por acciones, o como simple socio en una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, pero en todos estos casos, como se advierte, debe actuar en forma asociativa.

Ahora bien, si lo que pretende es actuar en el mercado en forma individual y limitar su responsabilidad hasta el monto de su patrimonio empresarial, únicamente puede acudir a la figura de la Empresa Individual

de Responsabilidad Limitada, en la que existe un patrimonio o conjunto de bienes y derechos afectos a la empresa y separados del patrimonio de su fundador, caso en el cual no estamos en presencia de dos sujetos de derecho diferentes, por lo tanto, la empresa individual de responsabilidad limitada opera con la personalidad de su titular.

Desde esa perspectiva, el tema de la sociedad unipersonal resulta particularmente interesante en las sociedades anónima y de responsabilidad limitada, no sólo como fórmula para la obtención de la limitación de la responsabilidad del socio único, sino también como forma organizativa y medio de articulación de empresas, aspectos que en el actual proceso de globalización al que asistimos cobran especial interés jurídico.

Igualmente el tema resultará relevante si se advierte que la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, como única vía para la limitación de la responsabilidad de la persona física empresaria, ha sido escasamente utilizada debido a las exigencias legales para su constitución, lo que continúa motivando la huida hacia la sociedad materialmente unipersonal, es decir, constituida en apariencia con dos o más socios.

El fenómeno de la unisubjetividad societaria, si bien ha sido ampliamente estudiado y discutido por la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, y ahora regulado en muchos países, no ha hecho eco en la nuestra, que sigue empeñada en considerar a la sociedad como el ente resultante de un contrato celebrado entre dos o más personas, lo que como consecuencia lógica obliga a calificar de irregular a la sociedad que se reduce a uno solo de sus miembros. Tales consideraciones ahora contrastan inexorablemente con las doctrinas contemporáneas, que restándole valor a las concepciones formales de la sociedad, la idealizan como un simple esquema jurídico de organización empresarial, que no requiere de la integración de un grupo de individuos y no tiene su origen en una relación contractual necesariamente.

Bajo esta concepción, aún no aceptada por nuestra legislación, la sociedad puede surgir, bien a consecuencia de un contrato o como resultado de un acto jurídico unilateral.

2. Aspectos que condicionan la utilización de la figura de la empresa individual de responsabilidad limitada.

El tema de la sociedad unipersonal requiere necesariamente el planteo de la diferenciación de los conceptos de sociedad y empresa, para advertir que la primera es una entidad jurídica y la segunda un especial modo de desarrollar en el mercado una actividad económica, lo cual es determinante para concluir a reglón seguido, que toda empresa—incluso la individual de responsabilidad limitada— como actividad atribuible a un sujeto de derecho carece de personalidad jurídica.

Esa falta de personalidad jurídica de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, ha motivado en nuestro medio la escasa utilización de la figura, además de otros aspectos como: i) Exigencia de un inventario previo a su constitución (Art. 602 C.Com.); ii) Que su constitución, igual que la sociedad, debe constar en escritura pública (Art. 607 C.Com.); iii) Que su traspaso exige escritura pública (Art. 621.I Com.); iv) Que debe estarse informando del estado de pérdidas y ganancias a la Superintendencia de Obligaciones Mercantiles dentro de los tres meses siguientes a cada año (Art. 617 C.Com.); v) Que adicionalmente a las disposiciones legales propias de la institución, también le son aplicables las de la sociedad de responsabilidad limitada (Art. 622 C.Com.); y vi) Que en materia de créditos no existe una verdadera limitación de la responsabilidad por las garantías personales que pueda exigir el acreedor al titular de la empresa.

3. Responsabilidad y riesgo del empresario en la actividad mercantil.

En cuanto a responsabilidad empresarial, el hecho de que las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada compartan el beneficio de la limitación de la responsabilidad de sus miembros, no implica derogar o establecer una excepción legal al principio general de la responsabilidad patrimonial, pues de ese estímulo es posible prescindir mediante la doctrina del levantamiento del velo o desentendimiento de la personalidad jurídica —técnica aún no concretada en nuestra práctica forense— cuando la cobertura formal de la persona jurídica sea utilizada para eludir el cumplimiento de un contrato, lesionar los intereses de terceros o evadir el cumplimiento de la ley. Ciertamente esta técnica permite evitar que al socaire de la personalidad jurídica, se perjudiquen intereses privados y públicos, sin embargo, su frecuente utilización para la sociedad unipersonal podría significar la inutilización de este tipo de sociedades, con lo cual se continuaría motivando la constitución de sociedades de favor o materialmente unipersonales.

Justamente en ese contexto y con relación a las sociedades comerciales caracterizadas por el beneficio de la limitación de la responsabilidad de sus socios, conforme al derecho general de daños, actualmente se ha motivado una tendencia general —aún no concretada en el Derecho salvadoreño— a hacer responsable de las deudas sociales a quienes tienen el poder de dirección o el dominio efectivo sobre ella de forma abusiva, a través de diversas medidas normativas dirigidas a sustituir la responsabilidad por culpa por la responsabilidad de carácter objetivo, bien por el incumplimiento de los contratos realizados con otras personas o bien por los daños causados fuera de ese ámbito contractual.

Desde ese punto de vista, el dogma de la limitación de la responsabilidad en las sociedad anónima y en la de responsabilidad

limitada, deja de ser considerado un principio intangible, para ser analizado desde la perspectiva teórica del análisis económico del Derecho Privado; pues la responsabilidad de los accionistas por daños causados por la sociedad a terceros, debe atender a los principios generales en materia de responsabilidad por el hecho de otro e imputación objetiva, lo cual no significa que deban de perderse de vista los fundamentos de la limitación de la responsabilidad que en definitiva dan paso a las inversiones arriesgadas, que de otra forma no se llevarían a cabo.

4. La sociedad unipersonal.

En la aproximación del tema de la Sociedad Unipersonal a nuestro Derecho, se ha advertido la dificultad legal que dicha sociedad encuentra, en principio por el Art. 17 inc. 2 y luego por el 357, ambos del C. Com. Ahora bien, si los referidos preceptos obedecen a que nuestro ordenamiento jurídico mercantil siempre ha seguido el sistema europeo continental, debemos aceptar que en dicho sistema ya se ha superado la idea de la sociedad como un contrato que requiere de la voluntad de dos o más personas, para darle paso a la Sociedad Unipersonal, muestra de ello son la 12ª Directiva de la CEE de 21 de diciembre de 1989; y especialmente en España la Ley 2 de 23 de marzo de 1995 ¹, (enmienda de la ley 2 de 22 de diciembre de 1989 ²) y más recientemente la Ley 7 de 1 de abril de 2003 ³.

Tales regulaciones no han hecho más que reconocer que la Sociedad unipersonal es incompatible únicamente con las sociedades colectiva, comanditaria simple y comanditaria por acciones, debido a que en ellas, el contrato despliega sus efectos entre los socios, estableciendo relaciones obligatorias que sólo son posibles entre dos o más personas; a diferencia de las sociedades de responsabilidad limitada y anónima, en las que el contrato no tiene por objeto crear relaciones directas entre los socios, sino entre ellos y la sociedad, formando una organización objetiva, donde el punto de referencia del funcionamiento de su organización no se encuentra en la persona del socio o accionista sino en las participaciones o acciones de las que aquellos son titulares. Incluso constitucionalmente se ha advertido que la sociedad unimembre no encuentra su fundamentación en el Derecho de Asociación, reconocido en el artículo 7 de nuestra Constitución de la República de 1993, si no más bien en el Derecho a la propiedad privada y la libertad de empresa contenidos en los Arts. 102 y 103 del mismo cuerpo legal.

1. Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de España.

2. Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de España.

3. Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de España.

A. Clases de sociedad unipersonal.

Siendo que en el Derecho salvadoreño es del todo imposible la fundación de una sociedad con un solo socio, nos ocuparemos brevemente de la sociedad devenida unipersonal y de la sociedad de conveniencia.

A.1 Sociedad devenida unipersonal.

En lo concerniente a la sociedad devenida unipersonal, el derecho positivo salvadoreño se inscribe dentro de aquellos sistemas en los que la reunión de todas las acciones o participaciones sociales en una sola mano no comporta una disolución automática de la entidad, es decir, no la produce *ipso iure*, lo cual no autoriza a pensar que por ello la sociedad unipersonal se convierte, en forma indirecta, en una figura normal del ordenamiento, pues el artículo 357 de nuestro Código de Comercio, exige que la sociedad que queda reducida a un solo socio se reconstituya mediante el traspaso de alguna participación social a otra persona o se convierta en empresa so pena de ser considerada irregular. Por tanto, resulta innegable que para el legislador salvadoreño la sociedad unipersonal es un fenómeno anómalo, de vida transitoria, y su aspiración conforme al precepto referido, es el restablecimiento de la normalidad funcional, de lo contrario, la consecuencia será la disolución, en tanto en cuanto no puedan satisfacerse los requisitos legales de funcionamiento dentro de un plazo razonable, lo que significa entonces, que la disolución en este caso, es diferida o condicionada, pues, producida la reducción de la sociedad a un solo socio existe la causa de disolución, pero ésta no opera en forma automática.

Tal fenómeno cobra mayor interés jurídico en la sociedad anónima y en la responsabilidad limitada, caracterizadas por la limitación de la responsabilidad de los socios, pues en las sociedades: colectiva, inspirada en la confianza y en la comanditaria simple y comanditaria por acciones en las que es imprescindible la presencia de dos socios, la reducción a uno solo de ellos hace que el contrato carezca de un elemento esencial.

Ahora bien, siendo que en la sociedad anónima será más frecuente la reducción a uno solo de los socios, se advierten las causas por las cuales usualmente se puede producir la unipersonalidad, entre las cuales destacan: i) Que un socio, persona natural titular de parte de las acciones de una sociedad, adquiera por compra, herencia o cualquier otro título las acciones de sus consocios, convirtiéndose en socio único de la sociedad; o que una persona natural extraña adquiera de todos los socios de la sociedad todas sus acciones; ii) Que una persona jurídica se convierta en socia única de otra sociedad, o que concentre todas las acciones de una filial, convirtiéndose en socia única de ésta; iii) Por negocios jurídicos *inter vivos* tales como: compraventa, permuta, donación, dación en pago, adjudicación de acciones dadas en prenda; iv) Por negocio *mortis*

causa, testamentario o *ab intestato*. En el primer caso, cuando los socios fallezcan habiendo testado y sea heredero o legatario de todas las acciones otro socio o un tercero; y en el segundo, si los socios fallecen intestados y resulte que una misma persona sea la sucesora de todos los socios de la sociedad; v) Por actos jurídicos privados: cancelación de acciones por incumplimiento de la obligación de efectuar la aportación debida a la sociedad (Art. 139 C. Com.); cancelación de las acciones por no venderlas la sociedad dentro de tres meses, a partir de la fecha en que las mismas queden legalmente a su disposición (Art. 141 C. Com.); reducción del capital social por amortización de acciones (Art. 185 C. Com.), caso en el cual la reducción de capital debe afectar por igual a todos los accionistas menos a uno, de tal suerte que se amorticen todas las acciones menos las de un socio; por la ocupación de acciones cuando éstas sean al portador (Art. 587 Código Civil); vi) Por actos jurídicos públicos: nacionalización o expropiación⁴ forzosa. El primer caso, mediante la conversión de empresas privadas en empresas públicas, a través de la nacionalización, convirtiéndose el Estado en el único propietario de todas las acciones; y el segundo, si existe causa de utilidad pública o interés social para expropiar todas las acciones.

A. 2 Sociedad de conveniencia.

Respecto a las sociedades de conveniencia, es decir, aquellas constituidas con el concurso de varias personas sólo para cubrir formalmente el requisito del número mínimo de fundadores, la práctica salvadoreña demuestra que los empresarios que pretenden en forma individual organizar una empresa, no obstante encontrarse regulada la figura de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (Art. 600 y ss. C. Com.), se inclinan por las figuras societarias, para gozar del beneficio de limitación de la responsabilidad, y dentro de éstas especialmente la anónima, por lo que existiendo un solo socio aportante de los capitales, éste se auxilia de un prestanombre que sólo concurre con su nombre y la apariencia de un aporte, e inmediatamente al recibir los títulos los endosa a favor del socio dueño del capital social si son nominativos, o se los entrega si se emiten al portador, por lo que podría decirse que la sociedad unimembre en El Salvador tiene tipicidad social, y, por tanto, su reconocimiento, no debe detenerse sólo por concepciones caducas y tecnicismos superados ahora por la doctrina y el Derecho comparado, como ya lo han advertido los estudios hechos a la actual normativa comercial salvadoreña.

4. Mediante Decreto de la Junta Revolucionaria de Gobierno, No. 158 de fecha 7 de marzo de 1980, publicado en Diario Oficial No. 48, Tomo 266 de la misma fecha que contenía la Ley de Nacionalización de las Instituciones de Crédito y de las Asociaciones de Ahorro y Préstamo; las acciones de tales entidades por expropiación pasaron a ser propiedad del Estado. Decreto Derogado.

B. Régimen jurídico de la sociedad unipersonal.

El régimen jurídico de la sociedad unipersonal debe partir de la consideración de que la sociedad de un solo socio, no puede ser entendida como un tipo societario diferente, ni especial de la sociedad anónima o de la limitada, puesto que, la sociedad unimembre no es discordante con los principios configuradores de la sociedad de capital, razón suficiente para que no sea tratada con desigualdad significativa, por lo que el régimen jurídico de la sociedad de un solo socio debe responder a una identidad sustancial con la sociedad que tiene dos o más socios y en ningún momento con la empresa individual de responsabilidad limitada, de ser así, se propiciaría un tratamiento restrictivo y en gran parte atípico de la unipersonalidad.

C. Ventajas de la sociedad unipersonal frente a la empresa individual de responsabilidad limitada.

En cuanto al espectro de ventajas que ofrece la Sociedad Unipersonal frente a la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada se destacan las siguientes:

C.1. Permite la cotización en Bolsa, facultando la promoción de la inversión en títulos valores: Bonos o Acciones.

En clara referencia a las sociedades abiertas y no a las que les está vedada la posibilidad de acudir al mercado de capitales para la obtención de financiación, pues si la unisubjetividad social de la que hemos venido hablando, perfectamente se puede presentar en la sociedad anónima como en la de responsabilidad limitada, es claro que la sociedad unipersonal anónima, al igual que cualquier sociedad anónima con más de un socio, podrá acudir al mercado de valores, en caso de aumento de capital mediante la emisión de nuevas acciones, (Art. 173 del Código de Comercio) colocándolas para su adquisición, por personas ajenas al socio único, permitiendo pasar fácilmente del régimen unipersonal al pluripersonal; igualmente nada impide que la sociedad unimembre anónima, pueda acudir a un crédito colectivo, mediante la emisión de obligaciones negociables (Art. 678. IV C. Com.), lo cual no es posible conseguir mediante la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada.

C. 2. Aumenta la posibilidad de inversión extranjera.

Debido a nuestra estancada regulación en materia mercantil, —no obstante las últimas reformas de 1 de abril de 2000— los esfuerzos de política económica encaminados a la atracción de inversión extranjera se han encontrado con que los empresarios extranjeros no quieren unirse con los nacionales constituyendo sociedades, adquiriendo acciones de una ya existente, estableciendo sucursales o contratando cuenta en participación.

Al respecto, opinión unánime ha sido, la de quienes al estudiar el fenómeno de la sociedad unipersonal, advierten que esta figura permite la fácil constitución de filiales, aumentando la posibilidad de inversión extranjera y evitando el recurso, siempre delicado, a las sociedades de conveniencia.

C. 3. Permite la continuidad de la sociedad aunque fallezca el socio único.

El reconocimiento de la unipersonalidad, crea una sólida base que asegura la continuación de la empresa, cuando el titular de la sociedad unipersonal desaparezca (si es persona física), pues el carácter institucional de la sociedad de un solo socio, como persona jurídica, no puede morir, lo cual contribuye a asegurar la continuidad de la empresa, a diferencia de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, donde la desaparición física del empresario hace peligrar la continuidad de la misma, dado que el titular de la actividad habrá desaparecido y nada garantiza su continuidad por parte del heredero.

C. 4. Permite conseguir con mayor claridad la separación y afectación del patrimonio.

Mediante el reconocimiento de la sociedad unipersonal se constituye una entidad a la que se confiere personalidad jurídica con patrimonio, obteniéndose con mayor claridad la separación y afectación del mismo, lo que impide la confusión de patrimonios haciendo posible una mejor gestión financiera y contable, pues, se autonomizan jurídicamente unidades empresariales; a diferencia de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada mediante la que se acude a la figura del patrimonio de afectación, que si bien articulado como *patrimonio separado* del empresario individual, no constituye un patrimonio autónomo dotado de personalidad independiente.

C. 5. Facilita la transferencia de la empresa.

A nadie escapa que la cesión total o parcial de las acciones o participaciones en que se divide el capital social, constituye un mecanismo ágil y simple para el abandono de la actividad empresarial, a diferencia de la transferencia de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada mediante cualquier título, para la cual nuestro ordenamiento jurídico ha exigido que el negocio, acto o contrato que la motiva conste en escritura pública y se inscriba en el Registro de Comercio para efectos contra terceros (Arts. 417, 465. IV literal b, 558 C. Com. y 13 numeral 7 de la Ley de Registro de Comercio).

C.6. Le resultan perfectamente aplicables las disposiciones relativas a la transformación, fusión y escisión.

La sociedad unipersonal, al igual que la sociedad con dos o más socios, tiene vocación para el cambio, por lo que será perfectamente posible que atendiendo a la necesidad de adaptación al variable entorno económico, se produzca una transformación de la primera, mediante el tránsito de un tipo a otro; lo que resulta particularmente útil, como medio para restringir o ampliar la circulación de las participaciones del capital, y consecuentemente como mecanismo de acceso a la financiación, mediante la colocación de títulos en los mercados públicos de valores –piénsese por ejemplo, que la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal por no representar su capital mediante títulos valores, se transforme en una sociedad anónima unipersonal, para emitir títulos cotizables en bolsa–.

La fusión al igual que la transformación, no influyen en la condición de socio único que mantiene la sociedad que se fusiona con otras y crea una nueva sociedad o absorbe otra. Nada impide asimismo, que la sociedad unipersonal sea objeto de escisión dividiendo su patrimonio social en dos o más partes, a fin de traspasar en bloque una, varias o la totalidad de ellas a una o varias sociedades preexistentes o constituidas a raíz de dicha operación.

C.7. Evita las sociedades de favor o ficticias.

En la concepción tradicionalmente contractualista de la sociedad, la idea de la unisubjetividad social constituye una manifestación atípica del concepto de sociedad, pues la finalidad o causa del negocio constitutivo de una sociedad consiste en la creación y organización de una agrupación de personas para la consecución de un fin común. Sin embargo la práctica ha demostrado que con frecuencia se constituyen sociedades en las que la concurrencia real de aportaciones y gestión son de carácter unipersonal, y el requisito formal contractual que exige más de una persona se cumple mediante el recurso a los socios de paja o prestanombre; fenómeno frente al cual, la sociedad unipersonal se constituye en la herramienta legal que tiende a evitarlo.

5. Conclusiones y recomendaciones.

Conclusiones

El análisis de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada y la Sociedad Unipersonal, desde la perspectiva del Derecho salvadoreño, nos lleva a concluir:

- i) Conforme a nuestra legislación comercial salvadoreña, el empresario que en forma individual pretende explotar un negocio, limitando su responsabilidad al monto del mismo, solamente puede acudir

a la figura de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. En la legislación mercantil salvadoreña, la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada no tiene personalidad jurídica, pues el empresario limita su responsabilidad al patrimonio afecto a la empresa, sin que por tal circunstancia exista un sujeto de derecho autónomo y diferenciado de la persona física titular de la actividad.

- iii) La utilización de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, ha sido escasa en nuestro medio debido a las exigencias legales que deben observarse para su constitución, lo cual ha provocado la huida hacia la sociedad anónima de conveniencia o de favor.
- iv) La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada y la Sociedad Unipersonal no son figuras legales yuxtapuestas, y por ello la regulación de la primera, no debe ser óbice para la incorporación de la segunda, en la normativa jurídica salvadoreña.
- v) En la legislación mercantil salvadoreña la sociedad reducida a un solo socio constituye una situación anormal, que la califica de irregular por haberse constituido legalmente –con dos o más personas– pero funcionar contraria a la ley.
- vi) La situación de unipersonalidad de la sociedad es incompatible únicamente con las sociedades: colectiva, comanditaria simple y comanditaria por acciones, debido a que en ellas el contrato despliega sus efectos entre los socios, estableciendo relaciones obligatorias que sólo son posibles entre dos o más personas; a diferencia de las sociedades de responsabilidad limitada y anónima, en las que el contrato no tiene por objeto crear relaciones directas entre los socios, sino entre ellos y la sociedad, formando una organización objetiva, donde el punto de referencia del funcionamiento de su organización, no se encuentra en la persona del socio o accionista, sino en las participaciones o acciones de las que aquellos son titulares.
- vii) El fenómeno de la concentración de acciones en una sola mano –entendido en la doctrina como sociedad devenida unipersonal– ya ha sido registrado en la historia salvadoreña, al nacionalizarse la banca en 1980.
- viii) Si aún existe mora del legislador salvadoreño al no reconocerle carta de vigencia a la sociedad unipersonal, no es porque la ley primaria contenga algún precepto que pueda violentarse, pues, desde el punto de vista constitucional, la sociedad de un solo socio ya no responde al derecho de asociación sino al de propiedad privada y libertad de empresa.
- ix) La sociedad es considerada de socio único, no sólo cuando se constituye o deviene en esa situación, sino también cuando se acude a la colaboración de socios fiduciarios o testaferros, cuya finalidad desde el momento de la constitución de la sociedad es la de transferir posteriormente todas sus participaciones o acciones a un tercero que puede o no aparecer en la fundación; o cuando se observa en la escritura de constitución la participación de personas que responden a los intereses de una sola que puede o no figurar en la fundación, formando en realidad sociedades materialmente unipersonales.

- x) Las ventajas ofrecidas por la Sociedad Unipersonal, son más que las derivadas de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, dado que el empleo de la primera, no está referido únicamente a la limitación de la responsabilidad del empresario individual.
- xi) El proceso de globalización en el que El Salvador se encuentra inmerso, exige la adopción de nuevas formas legales, que en el marco de la política económica permitan la promoción de la inversión extranjera, ofreciendo un abanico de posibilidades para el ejercicio del comercio, pues desde la perspectiva económica el Derecho tiene la obligación de ofrecer instrumentos positivo- legales que favorezcan la iniciativa y el desarrollo económico, desde luego, sin que tales instrumentos, menoscaben la protección de terceros.

Recomendaciones:

Es recomendable conforme al actual ordenamiento jurídico:

- i) Reformar el artículo 17 inciso segundo del Código de Comercio, eliminando la exigencia de un número mínimo de personas para la constitución de las sociedades.
- ii) Reformar el artículo 357 del Código de Comercio, para abandonar la calificación de irregular de la sociedad reducida a un socio, permitiéndose la existencia de la sociedad de responsabilidad limitada cuyas participaciones queden concentradas en un solo socio, o las anónimas cuando todas las acciones pasan a ser de un solo accionista. Tratándose de sociedades: colectiva, comanditaria simple o comanditaria por acciones, que se faculte al socio único para que transforme la sociedad a una unipersonal de responsabilidad limitada o anónima; o que se convierta en una empresa individual de responsabilidad limitada o ilimitada. Estableciéndose en ambos casos un plazo prudencial, bajo pena de responsabilizar personal, solidaria e ilimitadamente al socio único que actúe en el mercado sin observar lo que prescriba la disposición legal.
- iii) Establecer la incompatibilidad de la sociedad unipersonal con las disposiciones sobre juntas, convocatorias, resoluciones, quórum, y derechos de las minorías.
- iv) Establecer disposiciones mediante las cuales se exija que las declaraciones unilaterales de voluntad del socio único, respecto a la sociedad unipersonal, se asienten en un libro autorizado por un auditor, como el exigido para las pluripersonales, y en el caso de no poder asentarse en él, que se haga en el protocolo de un notario.
- v) Incorporar preceptos legales mediante los cuales se exija que la constitución de la sociedad unipersonal, la declaración de tal situación como consecuencia de haber pasado un único socio a ser titular de todas las participaciones o acciones, la pérdida de tal situación o el cambio de socio único como consecuencia de la transferencia de alguna o todas las participaciones o acciones, se haga constar en

- escritura pública que deba inscribirse en el Registro de Comercio.
- vi) Exigir que la sociedad unipersonal haga constar esa condición en toda su documentación, correspondencia, facturas, pedidos y en toda publicación que de conformidad a la ley deba realizar.
- vii) Adoptar disposiciones legales mediante las cuales se exija que los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad consten por escrito, y sean transcritos a un libro de registro de la sociedad, el cual deberá de ser legalizado por un auditor.

Lo que venimos diciendo, como habrá podido advertirse, es contradictorio con los principios del Derecho de Sociedades en que se inspira nuestra actual legislación comercial, sin embargo, no pueden seguirse ignorando las transformaciones operadas en la realidad societaria, pues los conceptos y mecanismos jurídicos que el derecho ha ido creando para la consecución de sus fines, por más fundamentales que parezcan, son –en esencia– instrumentos que aún reconociéndoles la utilidad prestada, deben caer bajo el peso de una inevitable obsolescencia, y si bien es cierto que nuestro Código de Comercio en materia societaria aún conserva la naturaleza contractual del acto constitutivo, ello no puede implicar que se siga prescindiendo de tomar en cuenta que las tendencias más actuales, llevan a enfatizar que la sociedades de responsabilidad limitada y anónima, no se apoyan tanto en las personas físicas miembros, si no en la organización jurídica; y que admitir la unisubjetividad originaria o sobrevenida tanto en las sociedades de responsabilidad limitada como en las anónimas, si bien satisface las exigencias de las pequeñas y medianas empresas, ello no impide que se alberguen bajo la unipersonalidad iniciativas de grandes dimensiones, sirviendo así a las exigencias de cualquier clase de empresas.

6. Índice bibliográfico.

- ANGEL YAGÜEZ, R., : *La Doctrina del "Levantamiento del Velo" de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*. Ed. 2ª. Editorial Civitas, Madrid, 1991.
- ARROYO, I., *La sociedad unipersonal en el Derecho español*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, Año LXXXI, No. 1, enero-marzo, Barcelona, 1982.
- AVILA NAVARRO, P., *La Sociedad Anónima*. t. III., ed. 1ª, Ed. Bosh, Barcelona, 1997, p. 1454.
- BALDÓ DEL CASTAÑO, V., *Conceptos Fundamentales del Derecho Mercantil*. Las Relaciones Jurídicas Empresariales. 3ª Edición. Boixareu Editores. Barcelona- México.
- BELANDO GARIN, B., *La Protección Pública del Inversor en el Mercado de Valores*. Ed. Civitas, Madrid, 2004.
- BOLAS ALFONSO, J., *La sociedad de Responsabilidad Limitada*. ed. 2ª. Ed. Civitas, Madrid, 1992.
- BOQUERA MATARREDONA, J., *La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada*. Ed. Civitas, Madrid, 1996.

- x) Las ventajas ofrecidas por la Sociedad Unipersonal, son más que las derivadas de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, dado que el empleo de la primera, no está referido únicamente a la limitación de la responsabilidad del empresario individual.
- xi) El proceso de globalización en el que El Salvador se encuentra inmerso, exige la adopción de nuevas formas legales, que en el marco de la política económica permitan la promoción de la inversión extranjera, ofreciendo un abanico de posibilidades para el ejercicio del comercio, pues desde la perspectiva económica el Derecho tiene la obligación de ofrecer instrumentos positivo- legales que favorezcan la iniciativa y el desarrollo económico, desde luego, sin que tales instrumentos, menoscaben la protección de terceros.

Recomendaciones:

Es recomendable conforme al actual ordenamiento jurídico:

- i) Reformar el artículo 17 inciso segundo del Código de Comercio, eliminando la exigencia de un número mínimo de personas para la constitución de las sociedades.
- ii) Reformar el artículo 357 del Código de Comercio, para abandonar la calificación de irregular de la sociedad reducida a un socio, permitiéndose la existencia de la sociedad de responsabilidad limitada cuyas participaciones queden concentradas en un solo socio, o las anónimas cuando todas las acciones pasan a ser de un solo accionista. Tratándose de sociedades: colectiva, comanditaria simple o comanditaria por acciones, que se faculte al socio único para que transforme la sociedad a una unipersonal de responsabilidad limitada o anónima; o que se convierta en una empresa individual de responsabilidad limitada o ilimitada. Estableciéndose en ambos casos un plazo prudencial, bajo pena de responsabilizar personal, solidaria e ilimitadamente al socio único que actúe en el mercado sin observar lo que prescriba la disposición legal.
- iii) Establecer la incompatibilidad de la sociedad unipersonal con las disposiciones sobre juntas, convocatorias, resoluciones, quórum, y derechos de las minorías.
- iv) Establecer disposiciones mediante las cuales se exija que las declaraciones unilaterales de voluntad del socio único, respecto a la sociedad unipersonal, se asienten en un libro autorizado por un auditor, como el exigido para las pluripersonales, y en el caso de no poder asentarse en él, que se haga en el protocolo de un notario.
- v) Incorporar preceptos legales mediante los cuales se exija que la constitución de la sociedad unipersonal, la declaración de tal situación como consecuencia de haber pasado un único socio a ser titular de todas las participaciones o acciones, la pérdida de tal situación o el cambio de socio único como consecuencia de la transferencia de alguna o todas las participaciones o acciones, se haga constar en

- vi) escritura pública que deba inscribirse en el Registro de Comercio.
- vi) Exigir que la sociedad unipersonal haga constar esa condición en toda su documentación, correspondencia, facturas, pedidos y en toda publicación que de conformidad a la ley deba realizar.
- vii) Adoptar disposiciones legales mediante las cuales se exija que los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad consten por escrito, y sean transcritos a un libro de registro de la sociedad, el cual deberá de ser legalizado por un auditor.

Lo que venimos diciendo, como habrá podido advertirse, es contradictorio con los principios del Derecho de Sociedades en que se inspira nuestra actual legislación comercial, sin embargo, no pueden seguirse ignorando las transformaciones operadas en la realidad societaria, pues los conceptos y mecanismos jurídicos que el derecho ha ido creando para la consecución de sus fines, por más fundamentales que parezcan, son –en esencia– instrumentos que aún reconociéndoles la utilidad prestada, deben caer bajo el peso de una inevitable obsolescencia, y si bien es cierto que nuestro Código de Comercio en materia societaria aún conserva la naturaleza contractual del acto constitutivo, ello no puede implicar que se siga prescindiendo de tomar en cuenta que las tendencias más actuales, llevan a enfatizar que la sociedades de responsabilidad limitada y anónima, no se apoyan tanto en las personas físicas miembros, si no en la organización jurídica; y que admitir la unisubjetividad originaria o sobrevenida tanto en las sociedades de responsabilidad limitada como en las anónimas, si bien satisface las exigencias de las pequeñas y medianas empresas, ello no impide que se alberguen bajo la unipersonalidad iniciativas de grandes dimensiones, sirviendo así a las exigencias de cualquier clase de empresas.

6. Índice bibliográfico.

- ANGEL YAGÜEZ, R., : *La Doctrina del "Levantamiento del Velo" de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*. Ed. 2ª. Editorial Civitas, Madrid, 1991.
- ARROYO, I., *La sociedad unipersonal en el Derecho español*, en Revista Jurídica de Cataluña, Año LXXXI, No. 1, enero-marzo, Barcelona, 1982.
- AVILA NAVARRO, P., *La Sociedad Anónima*. t. III., ed. 1ª, Ed. Bosh, Barcelona, 1997, p. 1454.
- BALDÓ DEL CASTAÑO, V., *Conceptos Fundamentales del Derecho Mercantil*. Las Relaciones Jurídicas Empresariales. 3ª Edición. Boixareu Editores. Barcelona- México.
- BELANDO GARIN, B., *La Protección Pública del Inversor en el Mercado de Valores*. Ed. Civitas, Madrid, 2004.
- BOLAS ALFONSO, J., *La sociedad de Responsabilidad Limitada*. ed. 2ª. Ed. Civitas, Madrid, 1992.
- BOQUERA MATARREDONA, J., *La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada*. Ed. Civitas, Madrid, 1996.

- BOQUERA MATARREDONA, J., *La Concentración de acciones en un solo socio en las sociedades anónimas*. Ed. tecnos, Madrid, 1990.
- BOQUERA MATARREDONA, J., y otros, *La Sociedad Limitada Nueva Empresa*. Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.
- BRENES CÓRDOBA, A., *Tratado de las Personas*. vol. I, ed. 5ª, Ed. Juricentro, San José Costa Rica. 1998.
- BROSETA PONT, M., *La Empresa, la Unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil*. Ed. Tecnos. Madrid. 1965.
- BRUNETTI, A., *Tratado del Derecho de las Sociedades*. T. 1. Editorial Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana. UTEHA. Argentina. 1960.
- CARBAJO CASCON, F., *La Sociedad Capital Unipersonal*, Ed. Aranzadi. Navarra, 2002.
- CENTER FOR THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (*Centro para el Análisis Económico de Leyes*), Comentarios al Documento de Revisión y Diagnóstico de la Legislación Comercial salvadoreña. 1201 Pennsylvania Avenue Nw, Suite 300, Washington, DC 20004, febrero, 2002.
- CODERCH, P. S., "El dogma de la responsabilidad limitada de los accionistas", en Revista InDret, No. 145, Barcelona, julio, 2003.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., "La 12ª Directiva del Consejo (89/667/CEE de 21 de diciembre de 1989) sobre la sociedad de responsabilidad limitada de socio único en el horizonte de la empresa individual de responsabilidad limitada", en Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a JOSÉ GIRÓN TENA, Ed. Civitas, Madrid, 1991.
- EMBIID IRUJO, J. M., *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*. Comares. Granada. 2003.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., y GALLEGOS SÁNCHEZ, E., *Fundamentos de Derecho Mercantil*. t. 1., ed. 2ª, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (España) 2000.
- FERNÁNDEZ PEREZ, N., *La Protección Jurídica del Accionista Inversor*, Ed. Aranzadi. Navarra, 2000.
- GARCIA CRUCES, J. A., *La Sociedad de Capital en Formación*, Ed. Aranzadi. Navarra, 1996.
- GARRIGUES, J., *Curso de derecho Mercantil*. Ed. Porrúa. México, 1987.
- GARRIGUES Y URÍA: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1976, t.1, (Citados por MARIN HITA, L.,)
- IGLESIAS PRADA, J. L., "La Sociedad Unipersonal y el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada", de la obra *La Reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, dir. por Rafael BONARDEL LENZANO, Javier MEJIAS GOMEZ, y Ubaldo NIETO CAROL, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 1994.
- JIMENEZ SANCHEZ, G. J., y DIAZ MORENO, A., *Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada*, t. XIV, vol. 5º, de la obra: *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, dir. por Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ, y Manuel OLIVENCIA. Editorial Civitas.

- Madrid. 1998.
- MARÍN HITA, L., *La Limitación de la Responsabilidad del Empresario Individual. La Sociedad Unipersonal*. Ediciones Laborum, S.L., Murcia, 2001.
- MINISTERIO DE ECONOMÍA FOMENTO Y RECONSTRUCCIÓN. SUBSECRETARÍA DE ECONOMÍA FOMENTO Y RECONSTRUCCIÓN. Boletín Actualidad Jurídica, Santiago de Chile enero de 2003.
- OSPINA FERNÁNDEZ, G., y OSPINA ACOSTA, E., *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, ed. 6ª. Ed. Temis, Bogotá (Colombia) 2000.
- PEREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., *Tratado de Derecho Mercantil*. t. XI, vol. 1º. Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
- PIAGGI DE VANOSI, A. I. *Estudios sobre la Sociedad Unipersonal*. Ed. Depalma., Buenos Aires, 1997.
- REGLERO CAMPOS, F., y otros., *Lecciones de Responsabilidad Civil*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2002.
- REYES VILLAMIZAR, F., *Derecho Societario*. t. I. Ed. Temis, Bogota (Colombia), 2002.
- SACRISTÁN REPRESA, M., *Concepto y número mínimo de fundadores. Sociedad Unipersonal*. en Derecho de Sociedades Anónimas, UREBA, A. A., y otros. t. 1., Ed. Civitas, Madrid, 1991.
- SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*. t.1. ed. 20ª, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- SANTOS MARTINEZ, V., *Fundación por escisión mediante creación de nueva sociedad*. en Derecho de Sociedades Anónimas, UREBA, A. A., y otros. t. 1., Ed. Civitas, Madrid, 1991.
- SERICK, R., *Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles*. Ed. Ariel, Barcelona (España), 1958.
- SEQUEIRA MARTÍN, A., *La fundación de una sociedad anónima mediante fusión por creación de una nueva sociedad*. en Derecho de Sociedades Anónimas, UREBA, A. A., y otros. t. 1., Ed. Civitas, Madrid, 1991.
- URÍA, R., *Derecho Mercantil*. Ed. Marcial Pons. Madrid 2002.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E. M., *La sociedad Irregular*. Ed. Aranzadi, Navarra, 1995.
- VERA DE PAZ, N., *Fundación por transformación o cambio de tipo social*. en Derecho de Sociedades Anónimas, UREBA, A. A., y otros. t. 1., Ed. Civitas, Madrid, 1991.
- VERÓN, A. V., *Nueva Empresa y Derecho Societario*. Astrea. Buenos Aires. 1996.
- VICENT CHULIÁ, F. *Introducción al Derecho Mercantil*. Ed. 14ª, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001.
- VILLEGAS, C. G., *Sociedades Comerciales*, Tomo I. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores. Talcahuano, Buenos Aires, 1997.

6. Derecho, poder y Estado. El Estado de Derecho.

Juan Antonio García Amado.

Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de León, España.

SUMARIO.

1. Derecho y coacción. 2. Algunos modelos de justificación de la coacción jurídica (del derecho entendido como coacción). 3. Derecho y poder. 4. ¿Qué es el Estado? 5. Tres puntos de vista o modos de análisis del fenómeno estatal. 6. Fases en la evolución del Estado moderno. Hacia el Estado de Derecho. 6.1. Caracteres del orden moderno. La idea de soberanía. 6.2. Tránsito hacia el Estado (liberal) de Derecho. 7. Caracteres del Estado de Derecho. A) Protección de los derechos humanos. B) Imperio de la ley/ principio de legalidad. C) Separación de poderes. 8) El Estado Social de Derecho. Significado y problemas.

1. Derecho y coacción.

Que el derecho sea coactivo significa que se hace uso de la fuerza para imponer sus normas. O dicho de otro modo: las normas jurídicas contienen mandatos de comportamiento cuya vulneración comporta la imposición coactiva, es decir, forzada, de una consecuencia negativa a la que llamamos sanción. Las normas jurídicas contendrían, pues, una parte dispositiva o imperativa, cuyo destinatario es el ciudadano en general que se encuentra en el supuesto previsto por la norma (el automobilista que circula por una vía pública al que se le ordena que circule por la derecha, el que puede matar a otro y recibe la orden de abstenerse de matar...) y una parte sancionatoria, consistente en la previsión de una consecuencia negativa para el caso de incumplimiento de aquella primera parte, consecuencia negativa de cuya imposición el propio ordenamiento jurídico encarga a ciertos sujetos que ocupan la posición de órganos jurídicos.

El esquema anterior es ciertamente muy simple y deja abiertos numerosos problemas. Baste mencionar aquí que no todas las normas establecen obligaciones de comportamiento, ya que las hay que simplemente establecen posibilidades de actuación, facultades, habilitaciones. Así, tenemos que normas como las referidas a contratos o testamentos no obligan a contratar o testar, sino que simplemente dejan abierta a los ciudadanos la posibilidad de realizar contratos o testamentos que tengan reconocimiento y efectos jurídicos. Ahora bien, el elemento sancionatorio sigue estando presente también en estos casos: un contrato o un testamento que no se realicen en la forma legalmente prevista carecen de validez y no puede reclamarse su cumplimiento y sus efectos con el auxilio de los medios que el derecho establece a tal fin. Esta es una cara de la moneda. La otra es que cuando tales actos (el contrato, el testamento) se realizan en la forma legalmente establecida, pueden los sujetos implicados o interesados exigir su cumplimiento o sus efectos valiéndose para ello del



auxilio coactivo del derecho: el juez u órgano competente puede forzar al incumplidor a cumplir lo que pactó en el contrato y/o a resarcir por el daño derivado de su incumplimiento, con lo que vemos aparecer la coacción; los beneficiados por el testamento en cuestión pueden valerse de los medios coactivos del derecho para recibir su herencia y hacer respetar su derecho a la misma.

Mencionemos también que existen normas que no estatuyen directamente sanciones negativas, sino positivas. Ocurre en aquellos supuestos en que la norma jurídica no trata de dirigir las conductas mediante la previsión de un mal o un acto coactivo que se ha de aplicar al incumplidor de lo que la norma quiere, sino que se establece un premio o consecuencia positiva, beneficiosa, para aquel que cumple lo que la norma proclama. Son supuestos sumamente frecuentes en el derecho actual. Imaginemos, a título de ejemplo, que una norma jurídica establece que las familias numerosas tendrán derecho a un determinado premio económico, o que quien cree una empresa en determinado sector tendrá derecho a una determinada subvención. El fin de las respectivas normas es fomentar la natalidad o la creación de empresas, sólo que en lugar de "castigar" a quien no tenga familia numerosa o a quien no cree empresas, incentiva el cumplimiento de tales objetivos mediante las mencionadas sanciones positivas. ¿Desaparece en tales casos el elemento coactivo de las normas jurídicas? La respuesta es negativa. Tales provisiones de consecuencias positivas para el destinatario de la norma serían papel mojado, meras proclamaciones de deseos sin alcance ni efectividad, si el propio ordenamiento no previera el uso de los medios coactivos para garantizar su cumplimiento: el titular de familia numerosa o el empresario de nuestros ejemplos tendrán que poder hacer efectivo ese beneficio a que la norma les da derecho, valiéndose para ello de los medios coactivos previstos por el propio derecho; esto es tendrá que poderse forzar a la persona, institución u organismo obligado a otorgar el premio económico o la subvención en cuestión en caso de que voluntariamente no lo entreguen a aquel que a él tiene derecho en virtud de la norma.

La coacción, por tanto, aparece siempre, ya sea en primer plano o en el trasfondo de la norma jurídica. Por tanto, sin entrar en este momento en la polémica acerca de si es la sanción negativa el elemento definitorio de toda norma jurídica o de si hay excepciones a la regla general de que toda auténtica norma jurídica ha de estar dotada de sanción jurídica negativa, tenemos que el derecho, las normas jurídicas en su conjunto, difícilmente pueden entenderse sin la presencia de la coacción, del forzamiento de la libertad mediante el uso de la fuerza cuando sea necesario.

Por otro lado, tampoco es éste el momento para entrar a fondo en la cuestión de si toda norma, sea del tipo que sea (norma moral, uso social, norma jurídica, norma religiosa...) lleva necesariamente aparejada la previsión de sanción coactiva o, al menos, la amenaza de tal.

Conformémonos con mencionar que es doctrina común afirmar que lo que especifica al derecho (al menos al derecho no arcaico y poco desarrollado) frente a otros órdenes normativos es que no es la de sus

normas una sanción difusa o descentralizada, como puede serlo la de la moral o los usos sociales¹. La sanción jurídica significa (previsión de) coacción tipificada en normas conocidas o cognoscibles e institucionalizada en órganos definidos y centralizados. Más simplemente, la sanción jurídica es una sanción institucionalizada, lo que quiere decir que el derecho hace un uso institucionalizado de la coacción.

Así planteada la inextricable unión entre derecho y coacción, podemos hacernos varias preguntas fundamentales. Ya hemos visto que difícilmente cabe responder afirmativamente a la pregunta de si es posible un derecho carente de respaldo coactivo. Lo que sí cabe es plantearse si es la coacción el elemento esencial y definitorio del derecho o si, por el contrario, es un elemento secundario y subordinado a otros componentes más esenciales o nucleares de lo jurídico. Y, desde luego, es de suma importancia la pregunta acerca de cómo puede justificarse la coacción que el derecho representa, ya que dicha coacción significa una limitación de nuestra libertad y ésta suele ser vista como valor básico y supremo para la conformación de nuestra dignidad como personas².

Antes de entrar en el análisis de tales cuestiones, permítanse unas consideraciones previas a fin de situar el problema en un contexto cultural más amplio.

Se puede decir que nuestra civilización occidental se debate permanentemente entre la añoranza de la plena libertad, en un orden sin coacción ninguna, y el terror ante la total esclavitud, ante la total supresión de la libertad. Respecto de lo primero, baste pensar en la continua reaparición de la imagen de una "edad de oro" en que la convivencia perfecta es posible sin restricción de la libertad. Recordemos a tal efecto la idea rousseauiana del estado de naturaleza en que los seres humanos, buenos por naturaleza, viven y conviven sin Estado ni derecho y, por tanto, en plena libertad. Mas no siempre esa imagen de una "edad de oro" se proyecta hacia el pasado, como primigenio estado ya perdido por causa de algún lamentable error histórico. Otras veces ese ideal se proyecta hacia el futuro, como meta que la humanidad puede o está llamada a alcanzar. Así es como, por ejemplo, el marxismo diseña la imagen de la sociedad comunista, que debería hacerse realidad cuando superada la sociedad clasista por la acción simultánea de la dinámica económica y la acción revolucionaria de las masas proletarias, el derecho y el Estado se

1. Es un uso social, por ejemplo, colocarse en la cola para sacar una entrada de cine; es una norma de nuestros sistemas morales convencionales la que nos prohíbe mentir gratuitamente. En ambos casos, el respectivo infractor puede encontrarse con alguna forma de sanción social en forma de reproche, amenaza, pérdida de respeto o consideración, etc. Ahora bien, salvo que la misma norma haya sido adoptada por el derecho, no hay órganos o personas específicamente encargados de imponer esas sanciones, ni está el alcance o importancia de las mismas tipificado y predeterminado de antemano. Por eso se ha dicho que tales sanciones son difusas y descentralizadas.

2. Evidentemente, allí donde se ve la esencia del derecho en la sanción coactiva, preguntarse por la justificación o fundamento de esa coacción equivale a preguntarse por la justificación del derecho en cuanto límite o cortapisa a nuestra libertad. Más ardua, como se verá, es la justificación de la coacción jurídica cuando la esencia del derecho no se cifra en el elemento coactivo, sino en su contenido de justicia, si bien la salida más fácil consiste en afirmar que la coacción está, en tal caso, precisamente al servicio de la justicia y como garantía de su efectividad y realización.

extingan y se haga posible una sociedad de perfecta armonía en libertad y con plena satisfacción de todas las necesidades sin antagonismos.

Pero, como decíamos, también es omnipresente la imagen contraria, el temor ante una sociedad totalmente carente de libertad y en la que los individuos no pueden autogobernarse en ninguna medida. Sirva de ejemplo la literatura antiutópica del presente siglo, las llamadas "distopías", que en obras de la fama de "1984" o de "un mundo feliz" nos presentan sociedades del futuro en que en nombre del orden toda libertad ha sido suprimida y los individuos son meras marionetas al servicio de los designios del poder o de la conveniencia del todo social, sin autonomía ética ni rastro de libertad para decidir sus opciones personales.

Mas lo que podríamos llamar la dinámica de la coacción y el castigo está profundamente arraigado en nuestra cultura judeocristiana. Al fin y al cabo, el dios bíblico es el dios que con celo de padre castiga, incluso muy cruelmente, toda desviación del precepto por él sentado. Y nuestra civilización internaliza la naturalidad y justicia del castigo con la misma naturalidad con que se asume el poder de dirección y castigo del padre sobre el niño o del pastor sobre su rebaño. No en vano la imagen del padre y del pastor reaparecen continuamente a lo largo de nuestra historia para justificar la preeminencia de dios sobre los fieles, del monarca sobre sus súbditos o del moderno Estado soberano sobre sus ciudadanos. El "padre" o "pastor" respectivo conoce el bien y sabe, por tanto, lo que conviene a su "familia" o "rebaño", por lo que se le reconoce como legitimado para castigar o coaccionar al hijo reticente o a la oveja díscola a fin de que vuelvan a la casa del padre, como hijo pródigo, o al redil, y el orden debido se restablezca, si aún es posible, o pague para siempre el infractor por su falta (repudio, infierno, pena de muerte o muerte civil...).

Lo que acabamos de exponer puede servir para proporcionarnos también, aunque sea de un modo elemental y simplista, ciertas claves de nuestras sociedades contemporáneas. Cabe entender que estas sociedades viven entre la "muerte de Dios", en el sentido en que Nietzsche usaba esta expresión, y la nostalgia del padre. En efecto, rota con la Reforma la homogeneidad religiosa y decaída la posibilidad de hallar para el poder y su derecho un fundamento trascendente común a todos, el hombre moderno se ve abocado al autogobierno. La restricción de la libertad que el Estado y el derecho suponen ya no se fundamentan como designio de un Dios único y una verdad inmutable, eterna, de una justicia intemporal. En la incertidumbre consiguiente, la norma, la limitación de la libertad sólo parece aceptable cuando es fruto de la voluntad del mismo sujeto a ella sometido. Con la crisis religiosa y la ruptura de las tradiciones seculares, el individuo se encuentra llamado a decidir por sí mismo acerca del bien y el mal, de lo justo y lo injusto. En materia moral surge así la exaltación de la autonomía ética y en el campo político la salida es la democracia. El poder y la norma ya no le viene al individuo desde arriba y de modo irresistible e incuestionable. El hombre moderno se ha hecho "mayor de edad" y está condenado a emanciparse y a responder ante sí mismo y ante sus coetáneos. La responsabilidad es mayor; también el miedo al error. De ahí que en

ocasiones los sujetos y las sociedades añoren el redil y la casa paterna, la infancia, con la consiguiente irresponsabilidad y el cómodo sometimiento del incapaz. Se impone aquel "miedo a la libertad" de que Erich Fromm hablaba y se busca cobijo bajo el manto autoritario de las religiones de cariz "fundamentalista" en las que se delega la autonomía ética, o de las dictaduras en las que sustraerse a la autonomía política, o de entidades suprapersonales, como la nación, entendida de modo sustancialista, en las que la individualidad se disuelve en aras del bien colectivo. Y se asume que cualquiera de esas "realidades" deben dirigirnos y pueden castigar a quien no se les someta, en virtud del (supuesto) supremo bien que encarnan.

Volvamos a las cuestiones anteriormente planteadas. Hay doctrinas que niegan que lo esencial y definitorio del derecho sea la sanción coactiva y que ven la clave de lo jurídico en otra parte. Tal es el caso de las doctrinas de corte iusnaturalista que entienden que el derecho se define primordialmente como realización de la justicia, hasta tal punto que una norma que vulnere la justicia (entendida como ley natural), no merece el calificativo de jurídica, carece de validez como derecho y no obliga ni debe ser cumplida ni aplicada. Para tales doctrinas existen contenidos normativos que son jurídicos pero que preexisten a toda legislación positiva y con independencia de que el ordenamiento positivo los respalde o no con sanciones. Se trata de contenidos morales que son al mismo tiempo derecho.

Lo que en este momento importa resaltar es que esos contenidos morales serían derecho, son norma jurídica, independientemente y al margen de toda coacción. Por tanto, habría al menos una parte del derecho que no necesita ser coactiva para seguir siendo derecho.

A tal doctrina se le ha hecho la siguiente objeción principal: si esos contenidos son tan perfectamente racionales, claros y cognoscibles ¿por qué no se imponen por sí mismos, espontáneamente? ¿cómo es posible que sean violados tan a menudo en las sociedades? Y si la respuesta del iusnaturalista es que se ha de imponer por la fuerza, coactivamente, la efectividad de tales contenidos, estaría reconociendo la necesidad de la coacción como respaldo de tales normas jurídicas, como de cualesquiera otras. De poco sirve, en efecto, la afirmación de que tales normas preexisten y son derecho con anterioridad a toda sociedad y toda positivación si se acaba por admitir que sólo pueden ser efectivas dotándolas del respaldo de la fuerza. Aducir, como hacía el iusnaturalismo clásico, que todos podemos conocer el bien, aunque no todos tenemos la voluntad suficiente para cumplirlo y que por esto es necesaria la coacción, para forzar la voluntad de los débiles o remisos, no significa más que acabar reconociendo que **en la práctica** todo derecho necesita de la coacción, incluso aquél del que se dice que no depende de la voluntad de ningún legislador.

También existen doctrinas que rechazan el derecho precisamente por su carácter coactivo. Toda coacción atenta contra el supremo bien de la libertad y puesto que el derecho es coactivo, es el derecho un mal que debería desaparecer o suprimirse. Es ése un planteamiento común al anarquismo y al marxismo. Para los anarquistas el hombre es bueno por

naturaleza y una convivencia humana abandonada a la libre manifestación de los impulsos naturales sería una convivencia ordenada, feliz y libre. Por tanto, ese ideal de plenitud sólo se alcanzará mediante la supresión del derecho y el Estado, que no son más que aparatos de opresión y esclavitud al servicio de la explotación. Por su parte, para Marx el derecho y el Estado surgen como resultado de la lucha de clases y como medios de que se valen las clases dominantes para perpetuar su explotación y su supremacía sobre las clases oprimidas. En el momento en que, por un lado, la propia crisis estructural del sistema capitalista y, por otro, la acción revolucionaria del proletariado acaben con las desigualdades de clase e impongan un sistema social exento de explotación, el derecho y el Estado desaparecerán por carecer de función o razón de ser. La administración de una sociedad igualitaria no necesitará de ningún instrumento coactivo de gobierno de las personas.

También desde un punto de vista que podemos llamar tecnocrático se propugnó la posibilidad de prescindir de la coacción jurídica. Augusto Comte cree que la sociedad pasó primeramente por una fase en que el orden social se basaba en postulados religiosos y metafísicos. En un momento siguiente habría sido el derecho el instrumento de control social. Pero en el momento en que la ciencia y la técnica se desarrolle suficientemente, pensaba Comte, se podrá dirigir la vida social prescindiendo de las normas jurídicas.

Lo anterior puede llevarnos a distinguir entre coacción jurídica y manipulación o programación tecnocrática. La literatura, por un lado, y la triste realidad de regímenes como el soviético o el de la China de Mao, por otro, nos dejan ver a qué puede conducir el intento de dirigir la conducta de los sujetos y de mantener el orden social mediante técnicas psiquiátricas, de manipulación de masas o de control y censura de la información. Mientras que el derecho presupone constitutivamente la libertad (dictar una norma jurídica presupone que el sujeto destinatario puede cumplirla o incumplirla, presupone que el sujeto es libre para actuar de uno u otro modo, por mucho que el incumplimiento de la norma conlleve una sanción), las técnicas de dirección "científica" de las conductas tienen precisamente como objetivo la supresión de toda libertad, de toda capacidad del sujeto para autogobernarse: los sujetos no reciben normas, sino que son "programados" para actuar irremisiblemente del modo que interesa el Estado o a sus gobernantes³.

2. Algunos modelos de justificación de la coacción jurídica (del derecho entendido como coactivo).

Cabe trazar una escala de la evolución de las justificaciones valorativas de la existencia del derecho como coactivo. Esa escala tendría sus hitos en los siguientes valores: la verdad, la paz, la libertad y la justicia

3. Ejemplos de recreación literaria de tales mundos, reales o imaginarios, podemos verlos en novelas como "Un mundo feliz", de Huxley, "1984" de Orwell, "Nosotros", de Zamiatyn, "El hombre que quería ser culpable", de Stangerup, "Cisnes salvajes", de Jung Chang, etc.

social.

a) Para el iusnaturalismo clásico la coacción que mediante el derecho se ejerce se justifica al servicio de la **verdad**, entendida como verdad trascendente, de fundamento religioso. El bien, la justicia, es cognoscible para el hombre, mediante la razón natural, que participa de la ley eterna que proviene de Dios. Es deber de todo gobernante velar porque se realice el modelo de sociedad y de conducta que de la verdad revelada y de la ley natural se desprende y es legítimo que para ello se pueda recurrir a la fuerza, forzando al reticente o castigando al renuente o al descreído.

b) Perdida la homogenidad religiosa a raíz de la Reforma, la doctrina se encuentra con la necesidad de hallar un nuevo fundamento, no religioso, para la justificación de la coacción jurídica. Un buen ejemplo lo ofrece la filosofía de Hobbes, que cifra la razón de ser del poder político y de las normas que éste dicta en el mantenimiento de la paz y el orden. Es bien conocido cómo para Hobbes el hombre posee una naturaleza esencialmente dañina y egoísta (el hombre es un lobo para el hombre), por lo que, ante la propia inseguridad y peligro para la vida que conllevaría la vida en "estado de naturaleza", los hombres habrían suscrito un "contrato social" mediante el cual acuerdan ceder toda su libertad, ponerla en manos de un soberano, a cambio de que éste les garantice la seguridad mediante la imposición coactiva de la **paz** y el orden social. La paz y la seguridad necesitan de normas y éstas para ser efectivas han de imponerse por la fuerza del poder, al margen incluso de cuál sea su contenido de justicia o injusticia.

Hay en esta construcción una cierta paradoja, desde el momento en que vemos la violencia al servicio de la paz. Pero, para Hobbes, esa violencia se justificaría por servir a tal fin y sería violencia legítima, en cuanto consentida por los súbditos a raíz del mencionado contrato social.

Mas esa teoría tiene un grave inconveniente: supone que para obtener la paz y la seguridad los individuos han de renunciar plenamente a su libertad.

c) A ese inconveniente trata de dar salida la siguiente justificación del derecho como coactivo. En efecto, para Kant el derecho significa la condición bajo la cual el arbitrio de cada uno puede conciliarse con el arbitrio de los demás según una regla general de libertad. Se trata ahora de conciliar la libertad con la necesaria existencia de un orden social. La plena e irrestricta libertad de cada individuo, sin límite exterior alguno, pondría siempre en peligro la libertad de los demás. Si en uso de mi libertad puedo robar, matar o esclavizar a otros a mi antojo, la libertad de los otros sucumbe ante mi libertad. De ahí que en el pensamiento kantiano el derecho se justifique como garante de una libertad que para nadie es plena y sin límite, pero que es para todos igual y es la máxima posible en convivencia. El derecho sirve a la protección de la libertad porque garantiza la autonomía de cada uno frente a las intromisiones en ella de los otros. El derecho proporciona así seguridad, pero ya no como compensación a la renuncia a la libertad, como ocurría en Hobbes, sino seguridad en el disfrute de una

libertad que no dañe gratuitamente a los otros. Sabido es como para Kant la autonomía, la libertad, es el atributo básico del ser humano y el constitutivo esencial de la dignidad del hombre, por lo que es suprema regla moral la que impone el respeto de esa dignidad, es decir, la que veda utilizar a un ser humano como instrumento del capricho o el arbitrio ajeno. Y a garantizar la efectividad de esa regla sirve precisamente el derecho. Frente al libre predominio de los más fuertes, que ocurriría si no hubiera derecho, la coacción jurídica sirve para salvaguardar el disfrute igual de la libertad por todos. Por eso exige Kant que la regla jurídica sea regla general, porque sólo así la sumisión de todos a esa regla es una sumisión igual y el margen de libertad asegurado mediante ella es el mismo para todos. El derecho asegura la libertad, pero en el sentido de que hace compatible la libertad de cada uno con la libertad de los demás. La paradoja, en este caso, está en que la coacción, que parece la negación de la libertad, se presenta, sin embargo, al servicio de la libertad.

¿Qué problema surge entonces? Surge el problema de que esa igualdad que el derecho salvaguarda es una igualdad puramente formal, una simple igualdad ante el derecho. Las normas jurídicas rigen por igual para sujetos que no son iguales en cuanto a su posición social y a sus medios de vida. La autonomía individual queda protegida tanto para ricos como para pobres, por decirlo simplísimamente, pero en la práctica el margen de actuación y el campo de posibilidades de acción que tiene el rico es muy superior al que posee el pobre. Todos pueden por igual elegir dedicarse al arte o a la ciencia, todos ven asegurada sus propiedades, etc., pero quien tiene hambre y carece de formación no posee de hecho más opción que la de buscar qué comer y no podrá de hecho dedicarse a lo que quisiera, sino a lo que en sus circunstancias puede. Teóricamente todos compiten en igualdad de condiciones formales, jurídicas; en la práctica las oportunidades son distintas para unos y otros. En otros términos, la libertad que el derecho asegura es una libertad negativa (la de no ser interferido en el ejercicio de la autonomía) no la libertad positiva (la de tener garantizadas las condiciones mínimas para competir con todos los demás en igualdad de oportunidades, la de obrar verdaderamente en condiciones materiales de libertad y no en estado de necesidad).

d) A este último problema trataron de dar respuesta aquellas doctrinas que ven la justificación del derecho ya no sólo en la libertad, sino también en la **justicia social**, en la igualdad de oportunidades. Bajo este punto de vista el derecho no puede conformarse con ser árbitro del libre juego de los individuos en sociedad, sino que tiene que ser también medio para que todos posean unos mínimos vitales, para que todos puedan tener cubiertas sus necesidades básicas con un mínimo decoro y puedan así convivir sin miseria ni explotación. El derecho pasa a tener también una función distributiva de bienes y riquezas. Mediante el derecho se tendrá que asegurar que todos puedan tener una vivienda digna, una educación, una asistencia sanitaria, etc. Este cambio en las funciones del derecho aconteció fundamentalmente por obra de los movimientos socialistas y socialdemócratas y dio lugar a la aparición del Estado social o Estado del

bienestar, del que luego se hablará.

El problema que aquí aparece es el siguiente: hasta qué punto un derecho puede conseguir estos fines sin dañar seriamente el núcleo básico de la libertad, esto es, la autonomía individual. Veámoslo con un ejemplo bien simple: la autonomía plena requiere que cada cual pueda hacer libre uso de sus bienes y sus propiedades; mas si el Estado ha de prestar los servicios mencionados y ha de redistribuir riqueza, tendrá que recurrir a los impuestos y los impuestos significan detracción de una parte de la riqueza propiedad de los unos para destinarla a bienes al servicio de los otros o de todos. De ahí que existan aún hoy autores que propugnan el final del Estado social y la vuelta a un régimen de puro mercado y de libre ejercicio de la autonomía, prescindiendo de todo intento de realizar la justicia social desde el Estado. Son los neoliberales o neolibertarios, al estilo de Hayek o Nozick. Y son los economistas que creen que la solidaridad es improductiva y sólo fomenta el gasto y la pereza, y que, sin embargo, la competencia salvaje no sólo reportará el predominio de los mejores, sino también el mejor progreso de la sociedad toda, aunque sea a costa del hambre de algunos, o de muchos.

Todas estas justificaciones de la coacción jurídica tienen su porqué importante y, en un planteamiento ideal, la clave está en hacerlas todas compatibles. Es decir: que la libertad no se realice a costa de la paz y que la justicia social no se realice totalmente a costa de la autonomía y de la seguridad jurídica.

3. Derecho y poder.

Si el derecho presupone la coacción, presupone también un poder capaz de imponer y aplicar las normas y esa coacción que las respalda. Pero también podemos reparar en que el poder que está habilitado para aplicar la coacción jurídica es únicamente aquel al que el derecho reconoce tal habilitación. Llegamos así a un esquema circular: es el poder el que crea el derecho, pero es el derecho el que fundamenta el poder.

De esa circularidad podemos salir si tenemos en cuenta que derecho y poder no son sino dos caras de la misma moneda, dos formas de manifestarse el mismo fenómeno: la auto organización del grupo como sociedad, como grupo ordenado.

Esta dimensión grupal de todo derecho y todo poder jurídico conduce a que haya de tenerse en cuenta un elemento que es esencial para la existencia del derecho y del poder efectivos, como es la **legitimidad**, en cuanto creencia social compartida. En efecto, un sistema de poder y un sistema de normas jurídicas no pueden mantenerse ni ser eficaces duraderamente basándose únicamente en el empleo la fuerza. Se requiere que los miembros de la respectiva sociedad vean en sus disposiciones algo más que ejercicio de la fuerza, que crean que se trata de normas que son jurídicas y que efectivamente obligan de modo distinto y superior a como obligaría un simple mandato de un gobernante arbitrario o la orden de un "capo" mafioso. No se quiere decir que se requiera el consentimiento

para los contenidos de las normas, sino la fe que hace verlas como normas y no como mandatos arbitrarios.

Ciertamente el poder se alcanza en numerosas ocasiones por medios violentos o inmorales. Ahora bien, todo poder, para perpetuarse, ha de generar una ideología legitimadora, un sistema de creencias que hagan ver en sus normas la expresión de la racionalidad o la justicia o, cuando menos, una necesidad objetiva que conviene al grupo social. De lo contrario no se alcanzaría el grado mínimo de acuerdo necesario a la hora de identificar las normas aplicables y de obligación general. La soberanía de un poder no funciona sin la legitimidad, que mueve a la obediencia y permite la efectividad del poder y de sus normas⁴. Otra cosa es el juicio que nos merezcan los argumentos con que este o aquel poder traten de legitimarse.

4. ¿Qué es el Estado?

La palabra "Estado", derivada de **status**, se va imponiendo en su sentido actual a partir de **El Príncipe**, de Maquiavelo (1513). Antes **status** significaba "estado", es decir, situación en que algo se encuentra. Antes las comunidades políticas no se denominaban Estados, sino, según los casos y las épocas, **polis**, **civitas**, **res publica**, etc.

Lo moderno del término responde al carácter también moderno de la forma estatal tal como hoy la conocemos. En una definición provisional, podemos definir el Estado como dominio centralizado y exclusivo que un poder ejerce sobre el grupo de personas (población) en un determinado territorio.

En esta definición quedan patentes los tres elementos que según la doctrina tradicional componen el Estado: poder, población y territorio. Pero conviene reparar también en las notas de centralización y exclusividad del poder estatal, que marcan las características que especifican al Estado moderno.

El carácter **centralizado** del poder significa que en el moderno Estado hay un único poder supremo, y toda la red de poderes en que se subdivide son poderes subordinados a esa suprema instancia de gobierno. En cambio, en la fase anterior, en la Edad Media y bajo el feudalismo, existía una pluralidad de poderes superpuestos y solapados, de modo que el poder no era único ni supremo, sino que había un entrelazamiento de poderes de alcances diversos. Por una parte, por encima de los poderes nacionales o territoriales estaba en gran parte de Europa el poder del Imperio. Por otra, convivían junto con el poder de los reyes de cada reino los poderes de la nobleza, de los señores territoriales, de las ciudades dotadas de fueros o capacidad de autogobierno, etc. Toda esta situación se manifestaba en que cada sujeto quedaba sometido a poderes diversos,

4. Como dice Kriele, "el problema de la soberanía hace referencia a la fuerza de imposición del poder estatal; el problema de la legitimidad, a su justificación. Ambas preguntas están íntimamente entrelazadas, pues forman, en cierto modo, dos lados del mismo problema. Pues la fuerza de imposición del poder estatal sólo existe mientras es considerada como justificada en términos generales por lo menos por los miembros del aparato del Estado" (Kriele, p. 13).

sin un estatuto jurídico único. La ausencia de un verdadero poder central supremo se manifestaba en la pluralidad de jurisdicciones existentes: cada señor territorial, cada ciudad, etc. tenía sus propios tribunales y dictaba justicia con arreglo a su ley, sin sumisión a un derecho común y único.

El carácter **exclusivo** del poder estatal contrasta con la situación anterior en que junto al poder territorial convivía el poder de la Iglesia, con la recurrente disputa entre poder temporal y poder eclesiástico por la supremacía. El Estado sólo surge en su forma actual cuando el poder secular se independiza del sometimiento o la limitación por el poder del Papado. A partir de ese momento ya no se verá en el poder político de los gobernantes temporales un instrumento al servicio de los fines religiosos trascendentes, sino al servicio del interés público y el bien temporal de los ciudadanos. Naturalmente, también aquí jugará un importante papel la ruptura de la homogeneidad religiosa a raíz de la Reforma.

No conviene olvidar que si llamamos Estado a cualquier tipo de organización política de la sociedad, siempre habrán existido Estados, bajo formas diversas. Pero es más preciso reservar el término para aludir a la específica forma moderna de la organización política, con los caracteres que hemos reseñado.

Junto a esa discusión terminológica, cabe aludir también a la discusión "sustancial" acerca de qué sea en última instancia, en su ser último, el Estado. Mencionemos solamente dos posturas extremas a ese respecto, la organicista y la normativista.

La teoría **organicista** parte de que el Estado no es un mero agregado de individuos regidos por un ordenamiento común, sino una realidad orgánica superior y distinta a la suma de los individuos que la componen. El Estado es la representación de un organismo superior, ya sea la nación o la comunidad popular, organismo que tiene una vida propia y una personalidad específica que lo identifica. La comunidad es un "todo viviente" que tiene derecho a existir como tal, que tiene su propio interés "vital" distinto y superior al de cualquier ciudadano y que debe ser defendida. El Estado se justifica como expresión política de la identidad y el autogobierno de la comunidad⁵. Para estas teorías, que suelen estar en la base de las doctrinas políticas de los fascismos, el individuo no es nada ni tiene especial valor al margen de su Estado-comunidad y la defensa de esa comunidad justifica el sacrificio de la vida o los bienes de los ciudadanos. El ciudadano no es más que una minúscula célula de ese gran organismo que es el que tiene "vida" y encarna toda moralidad. En suma, para las doctrinas organicistas, Estado es la denominación de la organización política de una realidad sustancial y supraindividual que existe previamente a la organización estatal y la justifica.

Por contra, para las teorías **normativistas**, del estilo de la de Kelsen, toda apelación al pueblo, la nación, o similares, a fin de justificar

5. En palabras de Böckenförde, para estas doctrinas, "el Estado es la organización de un pueblo para la realización de sus más altas misiones vitales, es la manifestación orgánica del pueblo, la corporeización del pueblo" (Böckenförde, p. 264).

el derecho de un Estado a existir y su fundamentación en una realidad previa, es pura especulación metafísica, mero instrumento ideológico que no esconde más que la lucha de poderes e intereses bajo ese ropaje ontologizador. Para Kelsen hablar de Estado es lo mismo que hablar de ordenamiento jurídico. El Estado es la visión personificada del ordenamiento jurídico, es lo mismo que el derecho. Concretamente, entiende Kelsen por "Estado" un ordenamiento jurídico relativamente centralizado⁶. Allí donde no hay ordenamiento jurídico no hay Estado de ninguna forma; el Estado no tiene más realidad ni más sustancia que la jurídica; un Estado llega hasta donde llega el ámbito de dominio de un ordenamiento jurídico, nada más; el territorio del Estado es el ámbito geográfico en que valen las normas de ese derecho y no las de un ordenamiento distinto; su población está formada por aquellas personas para las que aquel derecho rige; y el poder del Estado es el que se ejerce a tenor de lo dispuesto por dicho ordenamiento jurídico, en la forma y por los órganos que en él se establecen. En resumen, para Kelsen, los elementos del Estado (territorio, población y poder) "sólo pueden ser determinados jurídicamente, es decir, sólo pueden ser entendidos como la validez y los dominios de validez de un orden jurídico"⁷.

5. Tres puntos de vista o modos de análisis del fenómeno estatal.

Conviene tener presente que cuando se habla del Estado cabe adoptar tres perspectivas diferentes, que no deben entremezclarse si se quiere evitar el confusiónismo. Del Estado se puede hablar desde tres puntos de vista:

a) Sociológico o empírico.- Bajo esta óptica lo que se observa son hechos, datos empíricos, de tal forma que el Estado, así visto, se manifiesta como fuerza, como poder coactivo. Una teoría del Estado que se enfoque desde ahí verá concatenaciones fácticas, causales: por ejemplo, causas históricas que provocan la aparición de los Estados, interrelaciones entre modalidades de Estado y tipos de sistema económico, modos de ejercicio empírico de la dominación estatal, factores empíricos que provocan la obediencia de los ciudadanos a las normas estatales, extracción social de los detentadores del aparato estatal de poder, etc.

b) Jurídico.- Si se contempla el fenómeno estatal con la óptica única del jurista, si se atiende sólo al Estado en cuanto que derecho, se alcanzará una visión siempre similar a la propuesta por Kelsen. No interesan, así, tanto los hechos como las normas que los regulan, no tanto los datos

6. Dice Kelsen: "Como organización política, el Estado es un orden jurídico. Pero no todo orden jurídico es un Estado. Ni los órdenes jurídicos preestatales de las sociedades primitivas ni el orden jurídico supra o interestatal, del derecho internacional, configuran un Estado. Para llegar a ser un Estado, el orden jurídico tiene que tener el carácter de una organización en el sentido estricto y específico de esa palabra, es decir: tiene que instaurar órganos que funcionen con división de trabajo, para la producción y aplicación de las normas que los constituyen; tiene que exhibir cierto grado de centralización. El Estado es un orden jurídico relativamente centralizado" (Kelsen, p. 291).

7. Kelsen, p. 292

empíricos como su calificación jurídica, no las personas que ejercen el poder sino su condición de órganos estatuidos por el ordenamiento jurídico; no sus intereses y propósitos, sino el sistema de derechos y obligaciones con que la convivencia se estructura.

c) Filosófico.- Bajo el prisma filosófico la pregunta crucial es acerca de la justificación de la existencia del Estado, la fundamentación de su existencia, de modo que se vea en el Estado una realidad racional y sustentada en razones admisibles y no un mero ejercicio arbitrario del poder en detrimento de la libertad. La gran cuestión, desde este punto de vista es la que versa sobre la legitimidad, es la pregunta acerca de cuando un Estado, por ser legítimo, merece la obediencia racional y libre de sus ciudadanos.

Las distintas doctrinas sobre el Estado se acogen a uno u otro de estos puntos de vista o combinan varios. Así, por citar algún ejemplo, Kelsen es representante del punto de vista normativista o exclusivamente jurídico en la teoría del Estado; Kriele da especial relevancia al punto de vista filosófico o de la legitimidad, como ya hemos visto; y otro importante jurista de este siglo, como es Olivecrona, adopta una explicación fundamentalmente empirista del Estado⁸.

6. Fases en la evolución del Estado moderno. Hacia el Estado de Derecho.

Ya hemos visto que el Estado moderno constituye una forma nueva y específica de organización política de la sociedad. Pero el Estado moderno ha ido evolucionando desde su "invención" hasta su configuración actual. Comprender esa evolución implica reparar en las tres fases principales que ha seguido. La idea de Estado nace unida al concepto de soberanía, forjado en medio de las luchas religiosas del siglo XVI. Mas la idea de soberanía aparece como expresión y justificación del poder supremo e ilimitado de la monarquía absoluta y como expediente para justificar el supremo poder pacificador y ordenador del monarca. En esa fase inicial, el Estado se identifica aún con el monarca y todavía no se ha aislado la noción de Estado como realidad diferente e independiente de la persona que encarna su supremo poder. De ahí que, en ese contexto, tenga pleno sentido la tan manida afirmación de Luis XIV, "el Estado soy yo". La necesidad de limitar el poder absoluto de los reyes y de someter su voluntad y su acción de gobierno al imperio de la ley, ley que ya no sea mera expresión de su libre y omnimodo arbitrio, dará paso a la formación del

8. Dice Olivecrona que lo que caracteriza al Estado es el monopolio del uso de la fuerza con arreglo a reglas. Según este autor, lo que se denomina soberanía, que a veces se presenta como característica central y definitoria del Estado, no es más que el poder de las armas: "el fundamento real de la idea de soberanía es el poder de las armas" (Olivecrona, p. 173). Cuando se habla de monopolio de la fuerza no se está hablando de ningún derecho exclusivo del Estado a usar la fuerza, sino de "la efectiva capacidad para usar en exclusiva la fuerza y ejercerla de forma organizada" (ibid., p. 174). El poder estatal es aquel lo suficientemente fuerte para hacer que nadie más pueda usar en el territorio la fuerza de las armas. "El poder de disponer sobre la aplicación de la fuerza forma el verdadero núcleo de la organización estatal" (ibid., p. 174). Por tanto, "lo decisivo para la formación del Estado es la efectiva concentración del poder" (ibid., p. 176).

Estado constitucional o Estado liberal de derecho. En éste el valor legitimatorio fundamental ya no será la idea de orden o paz, sino la protección de ciertos derechos de libertad de los individuos frente al poder estatal. La garantía de esos derechos exigirá la articulación del Estado bajo determinados principios organizativos y procedimentales, que servirán para asegurar que el poder del Estado pueda verse y funcionar como distinto de un poder personal de un gobernante absoluto. La etapa siguiente estará presidida por la progresiva conciencia de que la legitimación del Estado y su poder ya no se agota en la protección del orden y la libertad, entendida como libertad negativa o de no interferencia del poder en la esfera privada de autodeterminación, sino que se añade un anhelo de justicia social, resultado de las luchas del proletariado y de la creciente influencia de los grupos políticos de orientación marxista, así como del intento de los poderes establecidos para socavar, mediante concesiones sociales, el riesgo de revolución social. De esta manera se va configurando el Estado social, como Estado de derecho que implica un papel ya no meramente abstencionista del poder del Estado, sino su implicación directa, su acción efectiva en pro de la eliminación de desigualdades sociales o, cuando menos, de aseguramiento de una mínima igualdad de oportunidades, haciendo posible un disfrute más igualitario de la libertad, entendida ahora también como libertad positiva⁹.

Veamos sumariamente cómo se configura el Estado en cada una de esas fases y a qué situación histórica y a qué impulsos teóricos responde. Pero, previamente, examinaremos brevemente qué caracteres poseía la organización política inmediatamente anterior al Estado moderno.

6.1. Caracteres del orden medieval preestatal.

El orden político medieval puede designarse, utilizando la expresión de Hegel, como una poliarquía. Se quiere decir con ello que la organización política medieval carecía de un poder centralizado y exclusivo hacia el interior y hacia el exterior, así como de un sistema jurídico unitario de normas jerárquicamente estructuradas y sometidas a una instancia normativa suprema¹⁰. El poder político estaba disperso en una pluralidad de instancias no jurídicamente jerarquizadas entre sí de modo claro y cuya distribución combinaba criterios diversos: territoriales, personales, corporativos, etc. Esto se traducía en una heterogeneidad de normas jurídicas no trabadas entre sí en un sistema jurídico unitario y que conllevaba que los sujetos

9. Esta evolución ha sido magistralmente expuesta por Kriele: "La guerra civil religiosa del siglo XVI despertó el anhelo de la paz interna. Sólo el Estado moderno apoyado en el principio de la soberanía pudo acabar con la guerra civil. Pero en su variante absolutista trajo, al mismo tiempo, el peligro del terror religioso y espiritual y despertó así el anhelo de la libertad que sólo pudo ser satisfecho con la limitación del Estado por el Estado constitucional. Sin embargo, el Estado constitucional resultó en su forma originaria compatible con la esclavitud, la división en clases y la miseria social. El anhelo de mayor justicia social sólo pudo ser satisfecho mediante el desarrollo progresivo hacia el Estado constitucional democrático y social" (Kriele, 3)

10. En palabras de Heller, "Es patente el hecho de que durante medio milenio, en la Edad Media, no existió el Estado en el sentido de una unidad de dominación, independiente en lo exterior e interior, que actuara de modo continuo con medios de poder propios, y claramente delimitada en lo personal y territorial" (Heller, 142).

estuvieran sometidos a órdenes diversos en función de su oficio, su ubicación territorial, su condición religiosa o seglar, etc. En términos actuales cabría decir que se vivía en una situación de pluralismo jurídico. Como dice Heller, "El Estado feudal no conoció una relación de súbdito de carácter unitario, ni un orden jurídico unitario, ni un poder estatal unitario, en el sentido en que nosotros lo entendemos. Los tribunales de las cortes de los señores territoriales, la justicia exenta del clero, los tribunales del pueblo, los tribunales municipales y el tribunal real dictan sus sentencias con una independencia casi absoluta unos de otros y según sus propias representaciones jurídicas"¹¹ (Heller, p. 143-144).

En lo interior, el poder de monarca estaba limitado "por los numerosos depositarios del poder feudales, corporativos y municipales y, en lo exterior, por la Iglesia y el Emperador" (Heller, 142).

No se puede perder de vista el contexto ideológico y social en que se desenvolvía esa compleja organización jurídico-política. Por un lado, hay que tener en cuenta que cada uno de esos diversos poderes se legitimaba sobre la base de un esquema de orden de sustrato religioso. En la Edad Media la idea de política, como gobierno de los asuntos públicos o de los intereses colectivos con arreglo a reglas puramente técnicas, de prudencia o de cálculo y conveniencia, todavía no se había formado. Ningún poder se justificaba meramente por su utilidad social o por servir al bienestar, la seguridad o la felicidad social, sino que todo poder se entendía como parte del orden divino de la creación y todo detentador del poder que se atuviera a los fundamentos de ese orden era visto como legítimo depositario de un derecho y detentador de un status cuyo origen y fundamento era, en última instancia, trascendente. La actividad política, pues, la actividad de poder, no se entendía como autónoma, sino al servicio del mantenimiento y defensa de un orden social que, por su origen divino, ese poder no estaba legitimado para cambiar. De ahí que, coherentemente con esos presupuestos, la Iglesia pretendiera erigirse en guía última de todo gobierno temporal, dados los fines trascendentes de éste.

Dieter Grimm describe ese contexto ideológico en los siguientes términos: "En el mundo medieval, el orden social en su conjunto (incluyendo los elementos morales, religiosos, culturales, políticos, jurídicos y económicos) vale como parte constitutiva del plan divino de la Creación. Ese orden servía a la salvación eterna del hombre y, por ello, penetraba todos los ámbitos vitales. Frente a ese orden fundado en la verdad divina no existía ninguna libertad individual y toda autoridad espiritual o secular le estaba subordinada (...). El origen divino del orden hacía imposible un ámbito autónomo para la política, como diferenciada de otras funciones sociales y desarrollada según sus propios criterios" (Grimm, 1987, p. 54).

En cuanto al contexto social, se ha de tener presente que ese modelo de organización política es el único viable en una sociedad con

11. Recuérdese, por ejemplo, lo dispuesto en las Partidas: "Los príncipes y demás grandes señores que expresa la Ley anterior (Duques, Condes o Marqueses, etc.) tienen en su territorio poder para hacer justicia, y todo lo demás perteneciente a su señorío, con arreglo a las concesiones que se les hayan hecho o a lo que por largo tiempo hayan usado" (Partida II, Título I, Ley XII).

gran escasez y dificultad de las comunicaciones, lo cual hacía que los conflictos hubieran de dirimirse por las autoridades locales y con arreglo a las normas del lugar, dada la ausencia de un poder central suficientemente fuerte y con medios bastantes para imponer efectivamente un derecho único y común a todo el territorio.

6.2. Nacimiento del estado moderno. La idea de soberanía

El Estado moderno nacerá precisamente como fruto del cambio en todas las circunstancias sociales e ideológicas reseñadas. La pérdida de la homogeneidad religiosa significará la imposibilidad de un fundamento religioso universal e inamovible de la legitimación del poder. Con ello el poder tendrá que secularizarse y esa independencia progresiva frente a la religión traerá el nacimiento de la política como actividad sometida a sus propias reglas de juego. Las guerras civiles de religión crearán el clima propicio para que se asuma en la doctrina y en la sociedad la necesidad de un poder supremo que dentro del territorio mantenga el orden por encima de las diferencias que separan a los sujetos y evite, mediante el monopolio no limitado de la fuerza, la disputa violenta entre ellos; nace así la doctrina de la soberanía como base de la existencia del Estado. Ese monopolio de la fuerza, y el consiguiente monopolio de la producción o reconocimiento de normas jurídicas, se hará posible cuando el monarca se dote de los medios de poder aptos para imponer su supremo dominio y sus normas a todos los poderes inferiores, subordinándolos a su potestad. A ello coadyuvó el cambio de numerosas circunstancias sociales: el aumento de las comunicaciones y la intensificación del tráfico comercial, con la consiguiente necesidad de regulación no meramente local de ese tráfico, e invenciones como la imprenta o la pólvora ¹².

En esa formación de un poder supremo centralizado jugará un papel decisivo la formación de ejércitos mercenarios estables, cuya vinculación al monarca no se basa en un vínculo de dependencia personal, sino en el pago de la soldada. El mantenimiento de los ejércitos profesionalizados y el coste de las nuevas técnicas de guerra llevan aparejado un elevado coste económico. Surge así la necesidad de una organización y administración, también profesionalizada, de las finanzas del soberano, lo cual da lugar al nacimiento de un cuerpo burocrático de funcionarios. Sobre esa base organizativa burocrática y sobre la base también de poseer la suprema fuerza militar, los monarcas podrán ir extendiendo por todo su territorio un poder efectivo, de modo que desaparezcan los privilegios personales y territoriales, se someta todo el territorio a la potestad normadora del monarca, se administre toda justicia

12. La invención de la pólvora condujo a una transformación en la técnica de la guerra y rebajó lentamente la función social de la nobleza y, con ello, las bases del sistema feudal y de la autoridad descentralizada" (Grimm, 1987, p. 55). Mientras la base de los ejércitos estaba constituida por la caballería, eran los nobles o señores quienes, como propietarios de las armas y los caballos y como reclutadores de la tropa, constituían la base del poder militar del monarca. El creciente uso de armas de fuego portátiles y cañones, con su alto coste, conllevará que los medios militares pasen a ser propiedad directa del monarca (Cfr. Heller, 146-147).

en su nombre y en aplicación de sus normas y se extienda un efectivo control administrativo sobre los súbditos ¹³, que haga posible una política impositiva de alcance general y al servicio de los intereses del soberano.

Inicialmente, bajo el absolutismo, las finanzas del Estado eran todavía las finanzas del monarca. Aún no se había planteado la separación entre la persona privada y la persona pública del monarca, entre su patrimonio privado y el patrimonio estatal ¹⁴. Mas, poco a poco, el Estado se irá viendo como una realidad impersonal, separada de la persona privada del gobernante, y a éste como detentador de la condición de órgano del Estado y ya no como propietario del aparato y los medios del Estado. A medida que la esfera pública se convierte en un ámbito autónomo, la política se desarrolla como técnica de la administración y dirección de esa esfera bajo una óptica ya no patrimonialista o privatista. Esa evolución señalará el paso que va de identificar el Estado con la persona del monarca o gobernante a verlo como conjunto de medios organizativos y materiales cuya titularidad no es privada: el Estado pasa a entenderse como el conjunto de órganos que ejercen el poder y la administración bajo la tutela del derecho.

Toda esta evolución que venimos señalando es resumida por Heller, siguiendo a Max Weber, en los siguientes términos: "La evolución que se llevó a cabo, en el aspecto organizatorio, hacia el Estado moderno consistió en que los medios reales de autoridad y administración, que eran posesión privada, se convierten en propiedad pública y en que el poder de mando que se venía ejerciendo como un derecho del sujeto se expropia en beneficio del príncipe absoluto primero y luego del Estado" (Heller, 146).

En ese proceso de formación del Estado es clave la modificación de los esquemas jurídicos imperantes. El Estado moderno supone la existencia de un derecho único (en lugar de aquella difusa pluralidad de ordenamientos interpenetrados y escasamente jerarquizados), cuyas normas se ordenan jerárquicamente y se reconducen en su validez última a su origen o ratificación por un poder supremo, formando así un sistema jurídico. Esto supone que el derecho se convierte en cierto y previsible y proporciona seguridad y expectativas fiables a las relaciones sociales jurídicamente relevantes ¹⁵.

13. "Mediante la burocracia se elimina la mediatización feudal del poder del Estado y se hace posible establecer el vínculo de súbdito con carácter general y unitario (...). Gracias a la jerarquía de los funcionarios, la organización pudo extenderse ahora también al territorio, es decir, abarcar a todos los habitantes del mismo" (Heller, 148).

14. Como explica Grimm, "la soberanía se asocia así con su detentador visible y se muestra como atributo del dominio sobre el territorio, dominio que se adquiere y se transmite, como los antiguos derechos individuales, mediante las reglas de la herencia, y que se administra, al igual que cualquier otro derecho privado, por el personal servidor del gobernante. Bajo estas circunstancias, el Estado moderno no nace como entidad impersonal, abstracta, diferenciada frente al respectivo gobernante, sino como patrimonio del gobernante, mientras que la distinción entre persona e institución se muestra como conquista relativamente tardía" (Grimm, 1987, p. 59).

15. El Estado sólo podía independizarse como unidad de acción militar, económica y política bajo la forma de una independencia como unidad de decisión jurídica universal (...). La unificación general, para todo el territorio y regulada desde el centro, de toda la actividad relevante para el poder del Estado requiere la existencia de un *ius certum*, válido para todo el territorio del Estado, un sistema de reglas unitario cerrado y escrito, en el que, hasta donde sea posible, toda regla particular se ordene -según criterios políticos y no solamente jurídicos-sistemáticamente en la unidad del todo. Por otra parte la colaboración de toda la jerarquía de funcionarios, según el principio de la división de trabajo, hace precisa una ordenación jurídica racional y planificada. Y, asimismo, la economía capitalista del dinero reclama (...) la previsibilidad, extendida a un territorio lo más amplio posible, de un derecho sistematizado" (Heller, 150).

Como ya se señaló, la realización de esa unidad jurídica y de poder del Estado fue obra del absolutismo. Pero quedan aún por destacar algunos datos que contribuyeron a esa nueva realidad. Por una parte, la pérdida de unidad religiosa y la subsiguiente situación de guerra civil; por otra, y en íntima relación, la formación de la doctrina de la soberanía.

En relación con el primero de esos aspectos, el Estado moderno es también resultado de un proceso de secularización, como ha señalado Böckenförde. Según este mismo autor, el primer paso al respecto se dio ya en los siglos XI-XII, a raíz de la polémica de las investiduras. Antes de este periodo, todo poder, tanto el temporal como el espiritual o eclesiástico, se veía bajo la óptica unitaria de la **res publica christiana**, todo orden se tenía por sagrado, de raíz religiosa y orientado a la salvación. Papa y Emperador no representaban poderes separados, sino detentadores de órdenes diversos pero al servicio de un mismo fin de salvación. Con la llegada al pontificado de Gregorio VII se plantea una reforma de la Iglesia que trata de resaltar la espiritualidad y desvincularla de sus servidumbres frente al poder temporal¹⁶. La Iglesia reclama para sí la preeminencia frente al poder temporal, de modo que no sólo deje éste de poseer facultades de nombramientos de cargos eclesiásticos, sino que pueda el Papa incluso deponer reyes o emperadores cuando éstos no sirvan al superior interés de la Iglesia. La resistencia del poder temporal frente a esa pretensión de superioridad de la Iglesia dio lugar, en lo que aquí interesa, a lo que Böckenförde llama la desacralización del poder¹⁷: comienzan a verse como separados el poder temporal y el espiritual y como realidades organizativas distintas la Iglesia y los reinos o el Imperio. El poder seguirá necesitando fundamento religioso, pero éste se obtendrá ya apelando a fundamentaciones iusnaturalistas para un poder que es ya poder secular, desacralizado.

El siguiente paso crucial en ese proceso de secularización del poder político tiene lugar a raíz de la Reforma y de la consiguiente ruptura de la homogeneidad religiosa. En ese momento el iusnaturalismo de base teológica deja de servir de argumento legitimador para justificar un poder frente a una sociedad confesionalmente dividida y en guerra civil por razón de esa misma división.

En España la Reforma dio lugar a la Contrarreforma victoriosa y a una perpetuación de la anterior legitimación religiosa del poder. En Alemania las guerras de religión se saldan con la paz de Westfalia, de 1648, y el principio **cuius regio, eius religio**, que significará la desmembración del territorio en una pluralidad de pequeños territorios, católicos unos y los otros protestantes. Mas para el nacimiento de la idea de soberanía hay que atender principalmente a la situación francesa. En Francia no se planteó la desmembración del territorio. Se luchaba del modo más cruento por el predominio de una u otra confesión en todo el territorio

16. Los príncipes temporales tenían la facultad de nombrar obispos y otros cargos eclesiásticos. Además, era práctica usual, por ejemplo, que esos cargos se compraran, es decir, que se pusiera precio a nombramiento para los mismos. Esto constituía la llamada simonía.

17. Böckenförde, 94 ss.

francés. Era una guerra civil y la lucha era por la verdad, en nombre de lo que cada bando consideraba la verdadera fe. En una guerra guiada por ese designio no cabe el pacto, no cabe el acuerdo en una verdad intermedia. La guerra sólo puede terminar cuando uno de los bandos derrota totalmente al otro o si surge un poder superior a los dos bandos y capaz de imponer mediante su fuerza la paz entre ellos.

Pues bien, este último será el objetivo de un grupo de pensadores franceses de ese tiempo llamados los "politiques", uno de los cuales era Bodino, el forjador del concepto de soberanía. El objetivo absolutamente prioritario de estos autores era poner fin a la guerra civil, acabar con la violencia y la crueldad debida a diferencias religiosas. "Buscaban una **salida política**, es decir, no querían contribuir a la victoria de la causa católica o la protestante, sino de la causa de la comunidad política, y esta causa exigía en primer lugar la paz" (Kriele, 58). Querían un poder real suficientemente fuerte como para poder **imponer la tolerancia** religiosa sometiendo a ambos bandos y obligando a cada uno a respetar la fe del otro. ¿Qué se necesitaba a tal efecto? Una nueva base de legitimidad del poder político, ya completamente desvinculada de cualquier compromiso con una u otra religión. Así es como nace, por obra de Bodino, la noción de soberanía. Lo que justifica el poder del Estado no es ya el servicio a la verdad, sino el logro y mantenimiento del orden social, de la paz. Y esa paz sólo se ve en ese momento como posible cuando el poder del Estado es suficientemente fuerte para imponerse a todos. De ahí la definición de soberanía que da Bodino: "Soberanía es poder supremo, jurídicamente ilimitado sobre ciudadanos y súbditos".

El Estado queda así definido por la nota de soberanía, y ésta se ve inicialmente como poder ilimitado que detenta un gobernante. Es la existencia de ese poder o soberanía lo que define un Estado. Así, la doctrina de la soberanía creó una nueva legitimidad, una nueva base de lealtad de la que se servirá el gobernante del nuevo Estado territorial inicialmente para imponer la tolerancia¹⁸. En cuanto nace vinculada al absolutismo, la idea de soberanía llevará a identificar soberanía del Estado con soberanía del monarca absoluto. El rey es el Estado. Hay Estado donde hay gobernante absoluto, soberano, ilimitado, no sujeto ni siquiera al derecho, a ningún derecho: ni al derecho anterior, que puede libremente modificar, ni al derecho que él mismo dicta, y que no le vincula¹⁹.

El Estado moderno nace, por tanto, unido a la idea del poder absoluto del monarca. La nota distintiva fundamental del Estado se ve en la soberanía, y ésta es atributo del monarca y significa que éste se halla por encima del derecho, puede libremente modificar el derecho y puede violar el derecho²⁰. De este modo el poder soberano está en condiciones

18. Así sucedió mediante el Edicto de Nantes, dado por Enrique IV en 1598.

19. De todos modos, por mucho que en Bodino el soberano esté por encima del derecho, queda sometido a ciertos límites: el dcaológico y el derecho natural, las leyes de la sucesión, los tratados y el consentimiento de los estamentos para el establecimiento de impuestos.

20. El alcance y el porqué de esa evolución lo describe muy claramente Kriele. La teoría de la soberanía "no tenía una función jurídica, sino político-programática. Los reyes tenían, en parte, competencia muy amplia, pero esta competencia estaba legitimada, en el mundo de las ideas medievales, por el derecho: mediante la investidura

de imponer la paz, pero se irá haciendo patente un nuevo peligro: el peligro para la libertad de los súbditos y para su seguridad frente al poder. El riesgo de guerra civil entre los súbditos ante un poder impotente es sustituido por el riesgo de abuso del poder soberano contra los súbditos. Este peligro se hizo realidad en Francia. La postura inicial de tolerancia religiosa, expresada en el Edicto de Nantes e impuesta por la fuerza del poder real, deja paso, con el Edicto de Fontainebleau, en 1685, a nuevas persecuciones religiosas, esta vez dirigidas por el propio poder soberano. Inicialmente, con la doctrina de la soberanía "se asumió conscientemente el **riesgo de la tiranía para tener la posibilidad de la paz**" (Kriele, 61). Pero finalmente ese riesgo se hizo realidad. "El problema -como dice Kriele- está en la ambivalencia del modelo de paz en que se basa la teoría de soberanía: conforme a la teoría el soberano debe, como tercero, estar por encima de los partidos y forzar a los grupos que pelean a hacer la paz. Pero como el soberano está provisto de un poder jurídicamente ilimitado, como es **legibus solutus**, puede muy bien tomar partido y conducir la **guerra civil con métodos policiales**" (Kriele, 64).

La solución provendrá de un nuevo cambio en la doctrina de la legitimación estatal, que conducirá hacia la idea de Estado constitucional o Estado de Derecho.

6.3. Tránsito hacia el Estado (liberal) de Derecho.

La nueva fase en la evolución del Estado viene presidida por la lucha para poner el poder bajo el derecho. Hay que modificar la idea de soberanía para asegurar la libertad de los ciudadanos y su seguridad frente a los abusos del poder. ¿Cómo se justifica esa protección del individuo? Mediante la afirmación de ciertos derechos naturales innatos, inmanentes a todos los hombres y que por esa su inmanencia o "naturalidad" se entienden como barreras irrebasables para cualquier poder, como límites que ninguna norma jurídica puede vulnerar. Son derechos de libertad en que se expresa que el valor fundamental que dota de su dignidad constitutiva a todo ser humano es la autonomía para dirigir su vida en todo lo que no interfiera con la libertad ajena. Por ser constitutivos tales derechos de la esencia de todo hombre, son poseídos por todos por igual.

Esto comporta dos consecuencias importantes. Por un lado, las limitaciones de la libertades que, en aras de la compatibilización de las libertades, haga el derecho han de ser iguales para todos. Esto conduce a la reivindicación de la generalidad de la ley y al rechazo de cualquier

imperial, la tradición, por la unión de diversos derechos y regalías en la persona de un gobernante. Precisamente esta base de legitimidad debía ser destruida y reemplazada por la teoría de la soberanía. Pues mientras el rey sólo tenía derechos asignados por el derecho, también los señores feudales tenían los derechos asignados a ellos por el derecho; había, por tanto, todo un cosmos de pretensiones y competencias que rivalizaban entre sí. La planificación y la legislación centralizadas sólo pudieron ser llevadas a cabo, si el rey podía disponer de todos estos derechos. Esto presupone que él estaba por encima del derecho y, por consiguiente, su poder no podía provenir de este derecho (...). El problema para los teóricos de soberanía era, pues reemplazar la vieja base del poder real por una nueva: reemplazar la derivación de la base del poder del rey del buen derecho viejo por su derivación de la teoría de la soberanía" (Kriele, 76).

medida de excepción que se lleve contra sujetos aislados sin el amparo de una ley general ante la que formalmente todos sean iguales. Por otro lado, la igualdad básica de los humanos lleva aparejado el rechazo de toda desigualdad natural entre los que mandan y obedecen. Nadie posee un derecho a ejercer el poder o a detentar privilegios como consecuencia de su sangre o de su grupo social. La igualdad básica de todos los ciudadanos, en cuanto igual derecho de todos a la libertad, será el argumento que se usará tanto para atacar los privilegios de la sociedad estamental como para reclamar el igual derecho de todos para participar en el gobierno de los asuntos públicos. De ahí el desarrollo de la doctrina democrática de gobierno y de ahí también el cambio que se introducirá en la noción de soberanía. El titular de la soberanía ya no será el monarca hereditario, sino el pueblo mismo. La soberanía sigue siendo la nota distintiva del Estado, pero el soberano es el pueblo y el gobierno se ejerce en su nombre y con arreglo a las normas democráticamente sentadas por el pueblo. De resultas, el poder político del gobernante ya no es poder soberano, poder por encima del derecho y capaz de cambiarlo o vulnerarlo a su antojo. El poder queda bajo el derecho, sometido a la ley. Es la Constitución la norma suprema que otorga al gobernante sus competencias, su facultad de gobierno, y lo limita. Y es el pueblo el que tiene el poder constituyente, el poder de establecer o modificar la Constitución. Nace así el Estado constitucional o Estado de Derecho.

¿Cómo se llega a esa situación en que el poder queda sometido a la norma jurídica suprema, la Constitución? Para Dieter Grimm, como consecuencia de procesos revolucionarios que acaban con la legitimidad de una anterior forma de dominación y forjan otra (Grimm, 1991, p. 32). El siglo XVII conoció documentos jurídicos que limitaban el poder de los monarcas y que surgían como contratos o acuerdos entre el monarca y otros poderes. Regulaban algunos aspectos del ejercicio del poder, pero sin erigirse en fundamento del poder mismo. Esto último, el constituirse en base de legitimación o fundamento del poder es lo específico de las constituciones modernas, las cuales regulan todos los aspectos básicos del ejercicio del mismo (Grimm, *ibid.*, p. 35). Como dice Grimm, "las constituciones modernas se caracterizan por la pretensión de regular unitaria y omniabarcadoramente la adquisición y el ejercicio del poder político, en una ley supraordenada a todas las demás normas jurídicas" (Grimm, *ibid.*, p. 37). Eliminada la legitimidad monárquica y proclamada la soberanía popular, hubo que fundamentar una nueva organización del poder capaz de hacer operativo ese poder del pueblo, de modo que mediante esos documentos jurídicos llamados constituciones se organizó ese poder estableciendo sus órganos y sus límites. Las constituciones nacen como salida a la presión de dos necesidades sociales contrapuestas: la necesidad del poder estatal y el deseo de salvaguardar la autonomía individual y social (Cfr. Grimm, *ibid.*, p.47-48). De ahí que por una parte regulen el ejercicio del poder político y, por otra, protejan los derechos fundamentales como límite a la acción de dicho poder.

El paso hacia el Estado de Derecho no se realizó del mismo modo ni simultáneamente en todos los países. Así, en Inglaterra sus bases estaban sentadas ya en una Constitución no escrita y con siglos de antigüedad, Constitución que sirvió de argumento en la lucha contra las pretensiones absolutistas, que no llegaron a imponerse. En Francia el Estado constitucional nace de la revolución de 1789, si bien será de inmediato desvirtuado. En Alemania, país en que se forja en el siglo XIX la expresión "Estado de Derecho" (**Rechtsstaat**), no se realizará plenamente, sin embargo, hasta el siglo XX.

Antes de examinar los caracteres definitorios del Estado de Derecho, veamos sucintamente los hitos históricos principales que llevaron a su aparición.

Algunos de los caracteres del Estado de Derecho se habían ido prefigurando en el derecho inglés y se consolidaron en Inglaterra tras la guerra civil del siglo XVII.

El **common law** inglés es derecho no escrito y de formación judicial, es derecho sedimentado en los precedentes judiciales. El derecho constitucional inglés, no escrito, establecía una división de las competencias normativas entre el rey, las cámaras parlamentarias y la judicatura. Por tanto, en la tradición jurídica inglesa estaba presente la idea de un derecho supremo o Constitución que delimitaba con alcance general los modos y los órganos competentes para crear derecho, con lo que esos poderes jurídicos lo eran en virtud del derecho y quedaban limitados por él. Pero con el conocimiento en Inglaterra de la doctrina francesa de la soberanía, los reyes ingleses, particularmente Jacobo I y Carlos I, pretenderán un poder equivalente al de la monarquía absoluta, es decir, pretenderán estar por encima del derecho y no sometidos a él ni limitados por ningún otro órgano. Esa pretensión se traducirá en medidas tales como la práctica de detenciones arbitrarias (contra el principio de **habeas corpus**, plasmado ya en la Carta Magna de 1215 y que establecía la prohibición de que nadie fuera detenido, castigado o expropiado sino en virtud de lo establecido por el derecho y conforme al "debido proceso"²¹), el dictado de leyes sin el consentimiento del Parlamento o el establecimiento de impuestos sin contar con el Parlamento, todo lo cual contravenía el derecho inglés. Por tanto, se trataba de medidas inconstitucionales que se explicaban por la pretensión de los monarcas de hallarse por encima de la constitución y de poder cambiarla libremente. Frente a tal pretensión, expresada en la máxima **rex facit legem** se alzaron los juristas y tribunales ingleses alegando el principio contrario: **lex facit regem**. El problema estaba en que, en efecto, se entendía que la legitimidad del rey provenía de la Constitución, con lo que un rey que no reconociera la Constitución estaba eliminando la base que

21. Carta Magna (1215), art. 39: "Ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derechos ni posesiones, ni declarado fuera de la ley ni exiliado, ni perjudicada su posición de cualquier otra forma, ni nos procederemos con fuerza contra él, ni mandaremos a otros hacerlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales o por la ley del país". En el siglo XVII, bajo la influencia de Coke, se eliminó la restricción sobre los sujetos protegidos por ese principio y se extendió a todos los ingleses, y así se recogió en la *Petition of Rights* de 1628 como parte del derecho constitucional inglés, y así se confirmó en el **Habeas Corpus Act** de 1679.

legitimaba su poder. El enfrentamiento acabó dirimiéndose por la fuerza en la guerra civil entre 1642 y 1649, en la que el absolutismo salió derrotado. De ese modo, quedaron consolidados ciertos derechos humanos como límite frente a la arbitrariedad del poder²² y, sobre todo, se reafirmó un componente esencial del Estado de Derecho: el principio de legalidad, la vinculación de todo poder al derecho, con su secuela de control de esa vinculación por tribunales independientes.

Por tanto, en Inglaterra no se necesitó la doctrina de la soberanía como legitimación de un poder absoluto capaz de imponer un nuevo orden y crear nuevo derecho, pues en el orden constitucional establecido se basaba precisamente el mantenimiento de la paz y la garantía de algunos derechos básicos de los individuos. A la guerra civil se llegó aquí, por tanto, justamente por la pretensión de los monarcas de erigirse en poder absoluto por encima del derecho que legitimaba y limitaba sus poderes. De ahí también que en Inglaterra el término "Estado" carezca del peso que posee en el continente, pues no se pasó por la fase de identificación del Estado con la potencia absoluta o soberanía de un monarca que se ve como personificación única del grupo político y propietario exclusivo de su poder.

El paso siguiente en el aseguramiento de un cuerpo de derechos individuales inviolables por el poder se dio en las colonias de Norteamérica. En cuanto colonias inglesas sometidas al derecho común inglés, se contaba con la protección que éste brindaba frente al poder arbitrario. Pero en esta ocasión fue el propio Parlamento inglés el que se propuso un uso absolutista de su poder sobre las colonias: plenos poderes para practicar detenciones, allanamientos arbitrarios, establecimiento de impuestos no consentidos, etc. Frente a ese poder que rechazaba los límites se tomó inspiración en el derecho natural racionalista para incorporar a los primeros documentos constitucionales americanos un elenco de derechos humanos innatos e inviolables²³.

Se ha dicho que con la constitucionalización de los derechos fundamentales en Norteamérica se abre una nueva época en el aseguramiento de los derechos fundamentales (Grimm, 1991, p. 82). La explicación es la siguiente. En Inglaterra no se veía en el Parlamento un peligro para dichos derechos, sino su garantía. En cambio, en Norteamérica, tras la experiencia con el Parlamento inglés, se entendió que era necesario que la garantía de tales derechos se extendiera incluso a sus posibles violaciones por parte del Parlamento, por lo que por primera vez se pensó que era una suprema instancia judicial la llamada a velar por el respeto de los derechos fundamentales, con lo que comienza su garantía judicial frente a las posibles vulneraciones legales de los mismos.

22. Hay que resaltar que en este caso no se necesitó acudir al derecho natural para legitimar tales derechos, sino que bastó remitirse al "buen derecho antiguo" para encontrar la garantía de los mismos. Como dice Peces-Barba, "el modelo inglés es producto de una evolución, se apoya en la experiencia histórica, parte de la limitación del poder y no al revés, y carece de construcciones doctrinales racionales y abstractas como sustrato ideológico" (Peces-Barba, p. 30).

23. Así, en la Declaración de derechos del Buen Pueblo de Virginia, de 12 de junio de 1776 se dice "Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber:

Mas en los orígenes del constitucionalismo norteamericano las invocaciones del derecho innato a la libertad se hicieron inicialmente compatibles con el mantenimiento de la esclavitud, lo que acabaría conduciendo a la guerra civil entre los Estados del Norte y los del Sur, esclavistas, y a la consiguiente abolición de la esclavitud, si bien la plena igualdad jurídica de los negros no se alcanzó hasta hace muy pocas décadas. Ni que decir tiene también que en todos los Estados constitucionales se mantuvo también la discriminación jurídica de las mujeres hasta fechas bien recientes.

Es con la Revolución francesa cuando se trata de alcanzar una plasmación de la libertad como derecho igual de todos los seres humanos. El artículo 1º de la **Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**, de 26 de agosto de 1789, establece que "los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común". No puede olvidarse que la burguesía revolucionaria francesa acude al iusnaturalismo racionalista y a sus visión igualitarista de la naturaleza humana, como naturaleza racional, para combatir los privilegios estamentales existentes bajo el absolutismo monárquico anterior. Frente a un derecho y una organización política que se basaba en el privilegio y en una jerarquía que se pretendía "natural", se afirmará que racionalmente sólo cabe justificar el igual derecho de todos los ciudadanos a participar en el gobierno de los asuntos públicos, lo que implica que el poder ha de quedar sometido a la norma suprema o constitución de que los ciudadanos (poder constituyente) se dotan para organizar su participación en el poder mediante la elección de sus representantes; que, por tanto, el poder queda sometido a derecho y que, además, ese sometimiento se ha de hacer efectivo mediante un sistema real de controles que se traduce en la separación de poderes y en la plena eficacia del principio de legalidad, es decir, en el sometimiento de los demás poderes a la ley emanada del parlamento que es depositario de la soberanía de los ciudadanos ²⁴.

el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad". También se dice que "todo poder es inherente al pueblo", que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial deben estar separados, que deben elegirse los representantes del pueblo en elecciones libres, que todo acusado tiene derecho a un juicio objetivo con jurado y nadie puede ser privado de su libertad sino por juicio y en aplicación de la ley, y se reconoce el derecho de libertad de prensa, de libertad de religión, etc. En la **Declaración de Independencia de los Estados Unidos**, de 4 de julio de 1776, se dice "que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados". La Constitución federal norteamericana, de 1787 sólo hacía referencia al habeas corpus y a la prohibición de leyes penales especiales o retroactivas. Pero en 1791 se añaden a la Constitución diez enmiendas que recogen libertades como las de religión, palabra, prensa, reunión, petición, derechos procesales como el de "debido proceso", derecho al jurado, a no declarar contra sí mismo, etc. De esos derechos así reconocidos se ha dicho que en su mayoría "protegen la libertad de la persona frente a las pretensiones de la soberanía del Estado" (Kriele, 220).

24. Artículo 3 de la **Declaración de 1789**: "El origen de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún órgano ni ningún individuo pueden ejercer autoridad que no emane expresamente de ella" Artículo 6: "La ley es expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos".

Así se entiende que el artículo 16 de la mencionada Declaración afirme que "toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución". El eje de la comunidad política pasa a estar legitimado por la Constitución, como norma que vincula a los poderes, con lo que pierde su legitimidad aquella idea del Estado entendido como supremo poder, ilimitado, del soberano personal. Los derechos humanos o libertades básicas de los sujetos son anteriores al poder y éste sólo se justifica o legitima como instrumento para su defensa ²⁵: "La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública. Esta fuerza se instituye, por tanto, para beneficio de todos y no para la utilidad particular de aquellos que la tienen a su cargo" (artículo 12 de la **Declaración de 1789**). Como explica Böckenförde, el Estado ya no se identifica con el gobernante, sino con la organización del grupo social. "El Estado es la organización política de la dominación para el aseguramiento de los derechos y libertades naturales y preestatales del individuo. Su designio originario y su legitimación no los tiene en su procedencia histórica o en su fundación divina, ni en el servicio a la verdad, sino en la orientación hacia la libre autodeterminación de la personalidad individual, el individuo" (Böckenförde, 107).

Una cosa queda clara. En el Estado constitucional o Estado de Derecho la supremacía la tiene el derecho y todo poder queda sometido a él. ¿Por qué se entiende que sólo un Estado con ese diseño es legítimo? Porque es el único en el que los derechos humanos quedan efectivamente protegidos, ya que ningún poder los puede vulnerar. Sólo donde los derechos humanos quedan así institucionalmente asegurados y se pueden hacer efectivos frente a cualquier medida contraria de los gobernantes, son auténticos derechos y no meras tolerancias ²⁶ con las que el gobernante puede en un momento dado acabar sin incurrir en ilegalidad.

Se podrá aducir que existen Estados en que tales derechos no se reconocen o no se respetan, o que puede suceder que un golpe de Estado o una revolución derroquen el orden constitucional e impongan un poder que no quede legal o constitucionalmente ligado a la salvaguarda de tales derechos. La respuesta a tal cuestión es fácil: tal Estado ya no

25. Art. 2 de la **Declaración de 1789**: "La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión".

26. Para esa distinción entre auténticos derechos y meras tolerancias vid. Kriele, p. 157ss. En torno a esa diferencia se puede analizar la problemática del Estado de Derecho en Alemania antes de 1918. Durante el siglo XIX fueron reconocidos algunos derechos básicos de los ciudadanos, pero se seguía considerando que el poder constituyente estaba en poder de los príncipes, no del pueblo, por lo que eran los príncipes quienes concedían las constituciones y sus derechos y también quienes libremente podían unilateralmente revocarlas o modificarlas, eliminando así los límites legales a su poder. En Alemania "todas las constituciones, también las del sur, establecían que el monarca tenía todo el poder estatal en su carácter de jefe del Estado y que este poder era indiviso y soberano" (Kriele, 420). Fueron baldíos los intentos de los liberales por atribuir la soberanía al Estado y hacer de los príncipes meros órganos del Estado. La legitimación del poder estatal se buscó en la idea de nación, entendida no como suma de las voluntades individuales de la población, en el sentido de la Revolución Francesa, sino como sustrato material de la vida colectiva que reflejaba la personalidad, la fuerza y los intereses de un pueblo orgánicamente entendido. El Estado, encarnado en el poder del príncipe, no se veía al servicio de los derechos individuales de los ciudadanos, sino del interés supremo de la nación como ser colectivo. La idea de Estado de Derecho deja paso así a la idea del Derecho del Estado.

será un Estado de Derecho y no gozará de la legitimación que contemporáneamente predomina. Esto nos sirve para no perder de vista un dato importante: por mucho que se puedan describir los caracteres estructurales o formales del Estado de Derecho, la naturaleza última de tal noción es política o valorativa, pues tiene que ver con la idea de legitimidad. La única base para estimar sin reservas que el Estado de Derecho es un Estado mejor que un Estado absoluto, autoritario o totalitario²⁷ es un juicio valorativo que expresa la convicción de que es el Estado más justo o moralmente más justificado.

7. Caracteres del Estado de Derecho.

Ya hemos visto cómo el sustrato último de la idea de Estado de Derecho es filosófico o valorativo y hemos examinado también en qué momento y bajo qué temores y necesidades surge y se impone. Ahora toca analizar sistemáticamente qué caracteres estructurales y organizativos reviste tal Estado.

A) Protección de los derechos humanos.

Ya se ha resaltado que los derechos humanos constituyen el núcleo valorativo que está en la base sobre la que se construye el Estado de Derecho. Elías Díaz lo expresa en los siguientes términos: "Puede muy bien afirmarse que el objetivo de todo Estado de Derecho y de sus instituciones básicas (...) se centra en la pretensión de lograr una suficiente garantía y seguridad para los llamados derechos fundamentales de la persona humana, exigencias éticas que en cuanto conquista histórica constituyen hoy elemento esencial del sistema de legitimidad en que se apoya el Estado de Derecho. El establecimiento jurídico-constitucional de los derechos humanos fundamentales aparece, en efecto, como eje de todo Estado de Derecho" (E. Díaz, p. 38-39).

Jellinek señaló el de libertad religiosa como derecho originario a partir de cuyo reconocimiento se construyó todo el edificio de derechos humanos constitucionalizados que preside el Estado de Derecho. Sin embargo, para Kriele la clave de bóveda de tales derechos y su impulso inicial proviene de "la protección contra la detención y persecución penal arbitrarias (habeas corpus). Pues este derecho fundamental - continúa Kriele- es el presupuesto para poder gozar de la protección de la ley, para poder calcular el ámbito de la libertad y para poder moverse

27. Lo que tienen en común el Estado autoritario y el Estado totalitario es el soberano. La diferencia entre los dos tipos de Estado no es de principio, sino de grado: consiste en el grado de legalidad concedida como tolerancia (...). Los regímenes autoritarios pueden, por ejemplo, garantizar, por un lado, las libertades y las seguridades necesarias para el funcionamiento de la economía del mercado y, al mismo tiempo, ejercer el terror contra la parte de la población que rechaza el régimen, sin que este terror sea distinto del que practican los regímenes totalitarios (...). Pero un régimen autoritario puede, en cualquier momento, pasar al uso de métodos totalitarios, y frente a ciertas partes de la población suele comportarse siempre en forma totalitaria (...). Los conceptos de Estado autoritario y Estado totalitario no se refieren a dos formas de Estado diferentes, sino distintas modalidades del ejercicio del poder en la misma forma del Estado" (Kriele, 441-442).

con seguridad dentro de este ámbito. Esta seguridad es la base de todas las otras libertades; en especial, de las libertades referentes a la actividad política en todas sus formas" (Kriele, 213-214). El Estado que no puede detener o castigar más que por causas legalmente previstas ya no puede ser un Estado absoluto, pues la ley, cualquiera que sea su contenido, opera como límite frente a la arbitrariedad. Sus relaciones con los súbditos ya no son de mero poder, sino relaciones jurídicas. De ahí que Krüger diga que "El Estado constitucional, como primera concreción de la idea del Estado de Derecho (formal) se caracteriza porque en él las relaciones entre el Estado y los ciudadanos tienen en general que establecerse como relaciones jurídicas" (H. Krüger, p. 783).

¿Cuáles son esos derechos que forman la base valorativa del Estado de Derecho y cuya protección es primer requisito de éste? Se trata de derechos de libertad negativa, es decir, derechos al servicio de la autodeterminación personal y que excluyen cualquier limitación de la esfera de libertad de cada individuo que no venga motivada por la necesidad de compatibilizar las libertades de todos²⁸. La preocupación principal es evitar la limitación arbitraria de la libertad individual por el poder estatal, por lo que son derechos defensivos o *Abwehrrechte* frente al Estado²⁹. Bajo el esquema liberal que preside este pensamiento, al Estado no le queda más tarea legítima o justificada que la de gendarme o protector de las libertades individuales (derecho a la vida, a la libertad de expresión, de reunión y asociación, a la libertad religiosa, a la libertad de movimientos, a la libertad profesional, a la propiedad, etc.³⁰). Más allá de ahí, la configuración concreta de la sociedad queda al resultado de la interacción entre los individuos igualmente protegidos en su libertad negativa. Es el esquema de pensamiento que corresponde a una filosofía de la sociedad que ve en el mercado y el libre intercambio de bienes e ideas la base articuladora de la configuración social concreta³¹.

28. Art. 4 de la Declaración de 1789: "La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley".

29. Los derechos fundamentales excluyen de la competencia reguladora del Estado, antes pensada como ilimitada, aquellos ámbitos en los que el interés determinante era el privado, no el público. Marcaban, por tanto, la línea delimitadora entre el Estado y la sociedad. Vistos desde la óptica del Estado, eran límites para la acción; vistos desde la óptica de la sociedad, eran derechos defensivos (*Abwehrrechte*)" (Grimm, 1991, p. 48).

30. En palabras de Peces-Barba, "la primera generación de los derechos humanos, impulsada por el pensamiento liberal, constará de los derechos individuales, de los derechos de participación política, de las garantías procesales y del derecho de propiedad" (G. Peces-Barba Martínez, p. 25). Por su parte, Dieter Grimm divide esos derechos fundamentales primeros en cuatro grupos: derechos de aseguramiento de la libertad y la esfera privada de la persona (libertad personal, libertad frente a la detención o castigo arbitrarios, defensa del espacio vital privado), derechos afines a la esfera de la comunicación (libertad de conciencia, de opinión, de prensa, de asociación, de reunión), derechos relativos a la vida económica (libertad de la propiedad, contractual y profesional) y derechos relativos a la igualdad, entendida como igualdad formal o ante la ley (igual libertad), no como igualdad material (Grimm, 1991, p. 70).

31. Al modelo social burgués le subyace la premisa de que la sociedad dispone de mecanismos de autoconducción que llevan de modo automático hacia el bienestar y la justicia cuando se les permite operar sin impedimento. Presupuesto de su efectividad era la autonomía de los subsistemas sociales, la cual permitía a éstos desarrollarse conforme a sus propios criterios de racionalidad, lejos del dirigismo político" (Grimm, 1991, p. 45). "El Estado, bajo esas circunstancias, se necesitaba sólo para la protección de la libertad y la propiedad y de los mecanismos de autoconducción de la sociedad que a través de ellas operaban. El Estado debía salvaguardar de perturbaciones un orden quasi-natural que le viene preestablecido, sin que le esté permitido influir directamente sobre ese orden" (Grimm, 1991, p. 162).

Por otro lado, poner en el individuo y sus libertades el fundamento del sistema político significa la negativa a reconocer al Estado o a cualquier otro sujeto o poder la capacidad para poseer una visión superior acerca de la justicia, el bien o el interés de los individuos³². De ahí que sólo sea consecuente con la plena protección de los derechos individuales, con la sumisión del poder, un sistema jurídico-político en que el contenido de las leyes sea de alguna forma emanación de la voluntad libre de los ciudadanos. Por tanto, existe también el derecho a que la ley sea expresión de un consenso social. Va implícito en el Estado de Derecho, por consiguiente, el derecho igual de los ciudadanos a participar en la producción normativa, pues sólo de esa manera se respeta al máximo posible la libertad de todos y sólo así puede ser la ley expresión de un interés que pueda pretenderse general. El esquema es, resumidamente, el siguiente: sólo mediante ley general se puede proteger los derechos humanos; sólo una ley general de origen democrático es respetuosa con la libertad de los ciudadanos, entendida como autonomía, como autogobierno y no como anulación de la libertad frente a un poder ajeno; por tanto, todos han de poseer un derecho igual a participar en el gobierno³³.

Si los derechos humanos se erigen en fundamento legitimador del sistema jurídico-político, este sistema tiene que reconocerlos y protegerlos para ser legítimo, pero no puede fundamentarlos, ya que, bajo esta óptica, tal fundamento es previo, prejurídico, exterior y anterior al sistema mismo. En cuanto esos derechos son criterio de legitimidad, su "naturaleza" no es propiamente jurídica, sino moral. Por tanto, se recalca así, nuevamente, que la noción de Estado de Derecho tiene una base ética, a cuyo servicio se pone el instrumentario organizativo y protector del derecho³⁴.

Lo anterior da pie para referirse brevemente a la afirmación de Kelsen en el sentido de que todo Estado es un Estado de Derecho. Sabemos que para Kelsen el Estado no es más que "un ordenamiento jurídico relativamente centralizado", por lo que siempre que hay un tal ordenamiento existe Estado, Estado que se identifica con dicho ordenamiento. A menudo se ha criticado a Kelsen aduciendo que con tal tesis legitima cualquier

32. Desde esas mismas premisas liberales, que ponen la base de todo el sistema jurídico-político en la autonomía del sujeto individual y en el libre despliegue de la dinámica social entre sujetos libres, tiene difícil justificación el paternalismo estatal, esto es, el atribuir al Estado una actividad legítima como definidor y garante de cuál ha de ser la mejor vida para el individuo o de cómo debe éste conducir su libertad.

33. En palabras de Zippelius, "la realización de los actos del Estado según una norma general responde asimismo al principio de la igualdad de trato, puesto que la limitación de la libertad individual conforme a las leyes generales significa, por su mismo carácter, una restricción igual para todos". Además, "el principio de legalidad debía también proveer la legitimidad democrática a la acción estatal, por el hecho de que ésta se guiara en todas sus manifestaciones por leyes aprobadas directamente por el pueblo o por la representación popular. En el hecho de que todos aprobaran una ley general residiría, a la vez, una garantía de su justicia" (Zippelius, 279).

34. Como dice Chevallier, "el Estado de Derecho implica, en efecto, una cierta concepción de las relaciones entre el individuo y el Estado, concepción que sostiene todo el edificio jurídico: la fuerza del Estado no sólo halla sus límites en los derechos fundamentales reconocidos a los individuos, lo cual crea la posibilidad de una oposición al poder basada en el derecho", sino que, más aún, tiene como su propia finalidad, como justificación última, la garantía de estos derechos; el Estado de Derecho reposa, en suma, sobre la afirmación de la primacía del individuo en la organización social y política, lo que entraña, a la vez, la instrumentalización del Estado, cuyo fin es servir a las libertades, y la subjetivización del derecho, el cual dota a cada uno de un estatuto, le atribuye un poder de exigibilidad y le confiere una capacidad de acción" (Chevallier, 366).

Estado, hasta el más antidemocrático e irrespetuoso con los derechos humanos, como Estado de Derecho. Sin embargo se ha de tener presente que Kelsen lo único que pretende es otorgar un tratamiento puramente jurídico al tema del Estado, prescindiendo de toda "impureza" valorativa que lleve al científico del derecho a dictaminar qué Estado merece reconocimiento y cuál no. Con esto Kelsen excluye que la ciencia jurídica pueda ocuparse del asunto de la legitimidad, asunto que no admitiría un tratamiento científico, sino sólo opiniones y valoraciones meramente subjetivas y, por tanto, no científicas y objetivas. Mas esto no quiere decir que Kelsen no sea consciente del tipo peculiar de legitimidad que se atribuye al Estado de Derecho propio de las democracias de nuestro tiempo. Simplemente estaría diferenciando Kelsen entre dos conceptos o acepciones distintas de "Estado de Derecho": la científica o estrictamente jurídica, puramente formal, a la que él se atiene, y la material, es decir, valorativa y propia ya no de la ciencia jurídica, sino de la ética y la filosofía política. Así se puede entender el siguiente texto de Kelsen: "Si se reconoce en el Estado un orden jurídico, todo Estado es un Estado de derecho, dado que esta expresión es pleonástica. En los hechos, es empleada para designar cierto tipo de Estado, a saber aquel que corresponde a las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica. 'Estado de derecho', en este sentido específico, es un orden jurídico relativamente centralizado en el que los tribunales y la Administración están sometidos a la ley, es decir, a normas generales que son establecidas por un parlamento elegido por el pueblo, con o sin participación de un jefe del Estado situado en la cúspide del gobierno, siendo los miembros del gobierno responsables por sus actos e independientes los tribunales, y encontrándose garantizados ciertos derechos de libertad de los ciudadanos, especialmente la libertad de creencia y de conciencia y la libertad de expresión"³⁵.

B) Imperio de la ley/ principio de legalidad.

Como ya sabemos, si se trata de salvaguardar ciertos derechos básicos de los ciudadanos ningún poder puede estar por encima o al margen de las normas jurídicas. Sin la sumisión al derecho, el poder estaría en condiciones de actuar impunemente contra los individuos y limitar sus libertades sin responsabilidad ninguna. De ahí que el imperio de la ley, el sometimiento de los poderes al derecho, sea requisito para la protección efectiva de aquellos derechos básicos y, como tal, derivación necesaria del mencionado mecanismo de legitimidad que tiene su núcleo en la garantía de los mismos³⁶.

35. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Wien, Franz Deuticke, 1960, p. 314-315. Traduzco directamente del original en alemán, ya que la versión castellana de este párrafo contenida en la traducción castellana de dicha obra (*Teoría Pura del Derecho*, México, UNAM, 1982, p. 315) posee alguna inexactitud importante.

36. García Pelayo define y especifica este principio del siguiente modo: "El principio de legalidad significa que toda acción de la Administración y toda decisión de los tribunales ha de ser una aplicación de la ley. Ello es, por supuesto, coherente con el principio de la legitimidad racional (en el sentido de Max Weber) según el cual no mandan los hombres y ni siquiera las autoridades, sino las leyes; lo es también con la seguridad jurídica como uno de los valores a garantizar por el Estado, y lo es, no menos, con la hegemonía del Parlamento dentro del esquema clásico de división de poderes. Corolario del principio de legalidad es (...) el de la reserva legal, según

Puesto que se parte de que todos los ciudadanos poseen por igual esos derechos básicos, no es admisible que se les discrimine a efectos de su protección, de manera que sólo ciertos grupos, estamentos o clases puedan gozarlos con garantías o de modo privilegiado. En consecuencia, esa ley a la que los poderes públicos quedan sometidos ha de ser una ley general, o sea, una ley ante la que todos sean iguales y que no haga acepción de grupos o personas si no es por motivos justificados y de interés general y en cuestiones que no toquen a la esencia de los derechos humanos en que el sistema se fundamenta.

Corolario del principio de legalidad o imperio de la ley es la idea de jerarquía normativa. Puesto que la sumisión del poder al derecho significa que "los diversos órganos del Estado no pueden actuar más que en virtud de una **habilitación jurídica**", es decir, que "todo uso de la fuerza material debe estar fundado en una norma jurídica" (Chevallier, p. 318), de modo que los poderes se convierten en "competencias", cada poder sólo puede actuar al amparo de la norma emanada de un poder jurídico superior. La ley puede, por ejemplo, habilitar a la Administración para dictar reglamentos, pero éstos no pueden ir contra la ley. Y el legislador parlamentario puede dictar leyes siempre que no sean inconstitucionales, que no atenten contra la Constitución. Todas las normas quedan mediata o inmediatamente sometidas a la Constitución, lo que quiere decir que todos los poderes públicos quedan mediata o inmediatamente sujetos al poder de la Constitución, al poder constituyente radicado en la soberanía popular. En caso contrario, si todas las normas jurídicas valiesen igual y no hubiera norma superior e inferior, se difuminaría la protección que frente al poder arbitrario otorga la Constitución y se disolvería también la superioridad del poder democrático del legislativo sobre, por ejemplo, el poder del ejecutivo.

Lo anterior conlleva asimismo la necesidad de un sistema de controles. El ordenamiento jurídico del Estado de Derecho ha de prever mecanismos que permitan a los sujetos impugnar las violaciones que de sus derechos reconocidos en la norma superior lleve a cabo el poder inferior vinculado por esa norma. Sólo así tiene virtualidad real la protección de los derechos y sólo así tiene sentido práctico real la "jerarquía normativa"³⁷. Por eso se puede pensar que el derecho al "debido proceso" es complemento y consecuencia necesaria del principio de legalidad y garantía de la efectividad de los derechos. Si el ordenamiento no fija las instancias a que el ciudadano puede acudir para restablecer sus derechos vulnerados y el procedimiento que para ello puede seguir, con garantía de que su asunto se examinará efectivamente, dentro de un plazo razonable,

el cual toda intervención que afecte a la libertad y a la propiedad sólo pueda tener lugar en virtud de una ley formal, es decir, aprobada por el Parlamento" (García Pelayo, p. 367).

37. "La jerarquía de las normas no tiene sentido ni alcance efectivo si no existen mecanismos para retirar del ordenamiento jurídico las normas no conformes; y estos mecanismos carecen de valor si no son independientes de los titulares del poder normativo, de modo que permitan un examen 'objetivo' de los actos impugnados y dispongan de una autoridad que se imponga a todos" (Chevallier, 325).

siendo oído y pudiendo aportar pruebas, y siendo decidido en última instancia por órganos independientes y neutrales, etc., tales derechos serían papel mojado o estarían al albur del propio poder que los vulnera o los reconoce según le convenga.

C) Separación de poderes.

La mencionada necesidad de un sistema de controles que evite la preeminencia total de un único poder sobre los ciudadanos y la consiguiente indefensión de éstos, implica la necesidad de que el poder público se divida en instancias separadas que mutuamente se limiten y se controlen, de modo que, velando cada uno de esos poderes por sus competencias, se articule un equilibrio entre ellos y una verdadera protección para el ciudadano ³⁸.

Los tres poderes bajo los que se articula jurídicamente el Estado de Derecho son el legislativo, el ejecutivo y el judicial. El sistema de interrelaciones entre ellos es complejo, pero en sus trazos básicos y en su planteamiento ideal puede ser descrito en torno a los siguientes principios.

a) *Legalidad de la Administración*. El poder ejecutivo desarrolla las leyes y las hace efectivas poniendo los medios e instrumentos para su aplicación, para su ejecución. Para ello se sirve de un entramado de personas (funcionarios) y medios materiales (recursos económicos, aparato policial y carcelario, instituciones asistenciales, oficinas técnicas, organizaciones territoriales, etc., etc.) que conforman la llamada Administración del Estado y que tiene en el Gobierno del Estado su cabeza. La Administración es necesaria por no poder el legislativo llevar a cabo toda la labor administrativa y organizativa que la vida de un Estado requiere. Pero la Administración ha de quedar sometida al legislativo, es decir, a las normas emanadas del Parlamento, ya que en caso contrario se erigiría en poder autónomo e ilimitado. Se trata, pues, de una manifestación del imperio de la ley. El problema está en que en caso de que la Administración realice actuaciones no amparadas por la ley o atentatorias contra ella ha de existir una instancia de control, independiente de la Administración, que pueda declarar dicha ilegalidad y restablecer la situación legal. Dicha instancia estará constituida por el poder judicial. Sin un sistema de control judicial de los actos de la Administración, ésta podría libremente sustraerse a la legalidad, con la consiguiente secuela de indefensión para el ciudadano y de ineffectividad del principio de soberanía popular representado por la legislación parlamentaria ³⁹.

38. En palabras de Leisner, "las grandes tradiciones de la Libertad, sobre todo las de los anglosajones, demuestran que sólo en la pluralidad de poderes, representados por una multiplicidad de órganos, reside la verdadera garantía de la Libertad, de modo que ninguno de los actores de la escena estatal pueda imponer por sí solo su voluntad (...). El derecho constitucional, la legalidad, son indispensables para reglar este juego, para delimitar las competencias de los actores" (Leisner, 78).

39. En el Estado de Derecho, a diferencia de lo que ocurría en el "antiguo régimen" absolutista, la actuación de la Administración está fiscalizada jurídicamente a través de un sistema de recursos contencioso-administrativos atribuidos a favor del particular contra las posibles infracciones legales de la Administración; esto por lo que se refiere a los que son actos reglados de la Administración. Los actos discrecionales y los actos políticos o de

b) Independencia de los jueces.

Que el control que los jueces realizan de la legalidad de los actos de los poderes públicos y del respeto de los derechos que la ley otorga a los ciudadanos sea un control verdadero y efectivo requiere que los jueces no estén sujetos a aquellos poderes que controlan, esto es, que los jueces sean independientes. Pero esa especial posición de los jueces que el Estado de Derecho requiere no puede confundirse con la arbitrariedad o la plena libertad de sus actuaciones. Que el juez sea independiente no significa que no quede sometido a la ley, sino que en la aplicación de la ley ha de operar con el máximo posible de objetividad y con neutralidad respecto de las partes en litigio, inclusive cuando una de esas partes sea un órgano del poder estatal. Si los jueces no estuvieran subordinados a la ley como fundamento de sus decisiones, se erigirían en auténtico soberano y suplantaría al legislador, al mismo tiempo que se socavaría el principio de soberanía popular como base legitimadora de la fuerza de obligar de las leyes. Téngase en cuenta también que exigir la imparcialidad del juez, su neutralidad frente a las partes y la consiguiente aplicación de la ley sin privilegios o trato de favor para ninguna de ellas, es la forma de mantener el principio de generalidad de la ley hasta el final, hasta la aplicación de la misma.

Con la Revolución Francesa y la consiguiente separación de poderes, se impuso una visión del juez como mero aplicador automático de la norma jurídica o "boca que pronuncia las palabras de la ley", según la famosa expresión de Montesquieu, de modo que se pensaba que en la labor de aplicación judicial del derecho no había ningún componente creador, que el juez encontraba para cada caso a decidir la norma perfectamente dada y acabada y sólo que tenía que aplicarla a modo de plantilla, sin que sus valoraciones u opiniones tuvieran vía de entrada para condicionar la sentencia. Obedecía esta visión a la desconfianza frente al cuerpo de los jueces, debido a su papel bajo el Antiguo Régimen como refrendadores del poder absoluto y su arbitrariedad. Sin embargo, a lo largo del siglo XIX y del presente se ha ido poniendo de manifiesto por numerosos autores y doctrinas que toda aplicación judicial del derecho conlleva un inevitable componente creativo, que al decidir un caso el juez decide qué hechos o pormenores del asunto son relevantes y cuáles no, qué norma le es aplicable, cómo se interpreta ésta, en qué grado o con qué extensión se aplica la sanción o consecuencia en la norma prevista, etc. Esto ha llevado a algunos autores a pensar que en realidad el juez decide siempre libremente y que, tomada la decisión, utiliza la ley únicamente a efectos de dar a su decisión una apariencia de motivación legal y objetiva. Si así fuera realmente, tendríamos que la judicatura sería el verdadero poder soberano dentro del Estado y que por esa vía el Estado de Derecho se

Gobierno tienden a reducirse en los Estados de Derecho a sus justos términos, ampliándose al propio tiempo las posibilidades de fiscalización jurídica en ambas esferas. En los Estados de inspiración totalitaria, por el contrario, las absolutas inmunidades de los grandes poderes discrecionales y políticos de la Administración, es decir, la total falta de control jurisdiccional sobre ellos, constituyen válvulas importantísimas para la concentración ilimitada e irresponsable de poder en el ejecutivo o Gobierno⁴ (E. Díaz, p. 37).

habría tornado un ideal frustrado. Pero por mucho que quepa siempre localizar sentencias judiciales en las que con más o menos claridad se apunta su mediatización por la ideología del juez de turno, parece indudable que la inmensa mayoría de las decisiones judiciales recaen como verdadera aplicación de los términos legales y no como sentencias **contra legem**, y que el margen de libertad que el juez se toma es el inevitable dentro del marco trazado por los términos de la ley y no una libertad decisoria que rebase o vulnere esos términos.

El mismo riesgo de que el juez se erija en soberano de hecho dentro del Estado acontece cuando sus decisiones violan abiertamente la letra de la ley, pero no se presentan como decisiones contrarias a derecho, sino como realización de normas jurídicas de jerarquía más alta que la ley. Tal será el caso si el juez se acoge para su decisión a una norma de derecho natural contraria al tenor literal de una ley positiva⁴⁰. Pero, más sutilmente, a una situación similar se puede llegar cuando se invoca como fundamento de la decisión contraria al tenor literal de la ley un principio o "valor superior" del ordenamiento que no posea más concreción que la de un término vago y compatible con las más opuestas interpretaciones ("dignidad", "justicia", "seguridad"...), de modo que quien lo utiliza en detrimento del predominio de la ley puede en realidad imponer el albur de su voluntad bajo el cómodo disfraz de ese mero término sin significado claro y predeterminado.

Por todo lo expuesto, el mantenimiento de la independencia judicial no puede significar que se deje la puerta abierta a la impune arbitrariedad de los jueces. La necesidad de combinar la independencia judicial con el respeto al imperio de la ley, al principio de legalidad, significa que han de existir mecanismos para la corrección de las decisiones judiciales que impliquen desconocimiento de los derechos que la ley otorga a los ciudadanos y fórmulas para exigir responsabilidades disciplinarias de aquellos jueces que no se atengan a los límites legales de su cometido. Por supuesto, en el Estado de Derecho habrá de velarse porque tal poder sobre los jueces lo posean órganos también independientes del poder político, especialmente del ejecutivo, ya que en otro caso se corre el riesgo de que se utilice como modo de influir en las decisiones judiciales (por ejemplo, premiando a los jueces afines al poder establecido y represaliando o discriminando a los críticos o simplemente neutrales) y delimitar la independencia judicial.

40. Esta cuestión se planteó reiteradamente en Alemania, donde el artículo 20 III de la Ley Fundamental de Bonn dispone que los tribunales están vinculados "a la ley y el derecho". Según algunos autores, tal expresión es sencillamente redundante, pues el derecho es lo mismo que las normas positivas y no otra cosa. Por contra, otros estiman que al distinguir entre ley y derecho ha querido la Constitución alemana dejar constancia de que por encima de la ley positiva, emanada de legislador, hay una realidad de normas jurídicas no positivas, llámense derecho natural, normas de justicia, valores materiales, o como se quiera, con lo que el juez puede corregir la ley a tenor de dichos valores o normas superiores a la ley.

c) Control de constitucionalidad de las leyes.

El papel que desempeña el principio de legalidad significa preeminencia del poder legislativo, el parlamento, sobre los otros dos poderes. Ni los jueces ni el ejecutivo pueden atentar contra la ley, si no se quiere desvirtuar el Estado de Derecho. Es el parlamento el órgano en que la soberanía popular se deposita. Pero si el poder normador del parlamento no conociera, a su vez, límite efectivo, tendríamos que el parlamento se erigiría en soberano, en poder por encima de las normas jurídicas en cuanto no limitado por ninguna de ellas. Podría, por ejemplo, legislar en detrimento de los derechos humanos básicos y no habría manera de dejar sin validez esas leyes. Pero si esa especie de absolutismo del parlamento no cabe en el Estado de Derecho es únicamente porque se prevén mecanismos de control para asegurar la sumisión del parlamento a la norma jurídica superior de la que proviene su misma condición de órgano legislativo, su habilitación como fuente normadora dentro del sistema jurídico. Esa norma superior es la Constitución y los referidos mecanismos son los de control de constitucionalidad de las leyes.

Aquí se requiere nuevamente que ese control de constitucionalidad sea realizado por un órgano independiente del propio parlamento. Las constituciones actuales, a partir de los años veinte, suelen instituir tribunales constitucionales para este fin.

Ciertamente, en un Estado de Derecho y, por tanto, bajo un régimen electoral democrático y de libertades, la mayoría parlamentaria queda también sometida a controles ya no estrictamente jurídicos, sino políticos. Como dice Elías Díaz, "el poder legislativo está sujeto a limitaciones y controles de carácter político general derivadas de la organización y el funcionamiento de los sistemas democráticos: así, crítica de la opinión pública, libertad de prensa, libertad de expresión, pluralismo de partidos políticos, respeto a la oposición política institucionalizada, elecciones periódicas y libres, etc., libertades e instituciones que pertenecen todas ellas a la esencia de todo auténtico Estado de Derecho" (E. Díaz, p. 35).

8. El Estado Social de Derecho. Significado y problemas.

El Estado constitucional de impronta liberal se construyó sobre la base de la separación entre Estado y sociedad. El Estado asumía meramente una función de garante del orden social mínimo y de los derechos individuales de libertad básicos para que la autonomía interacción de los individuos en sociedad determinara la evolución social y originara espontánea y libremente un orden social de justicia y acorde con el interés general.

La libertad garantizada en el Estado constitucional liberal era la libertad negativa y los derechos asegurados protegían frente a las intromisiones en la autonomía personal. La única igualdad que importaba era la igualdad formal o igualdad ante la ley, es decir, que los sujetos quedaran por igual sometidos a la norma general, cualquiera que fuera su posición social, su patrimonio, su oficio, etc. Pero pronto se comprobó que

esa igualdad en la libertad negativa era compatible con las mayores injusticias sociales y con la más sangrante desigualdad material. Bajo ese régimen de igualdad formal convivían ricos propietarios con un proletariado crecientemente explotado y depauperado, sometido a condiciones laborales inhumanas al amparo de una irrestricta libertad contractual. Patronos y proletarios eran por igual jurídicamente libres para contratar, si bien su diferente posición social no permitía a unos y a otros el mismo margen de maniobra e imposición de las condiciones del contrato. Al tiempo, cualquier intromisión del Estado en esa libertad contractual, limitando la libertad formal de las partes para el establecimiento de las condiciones del contrato, se podía considerar una ingerencia ilícita en la autonomía individual jurídicamente respaldada⁴¹.

El aumento de las luchas sociales y de las revueltas populares durante el siglo XIX forzó la progresiva aparición de un Estado protector encargado de poner límites a la explotación y a la libertad contractual. Curiosamente el Estado prusiano jugará a este respecto un papel pionero, si bien las motivaciones no eran tanto de persecución de la justicia cuanto de evitar las revueltas sociales o asegurar una mínima salud y capacidad productiva de la mano de obra y de los varones susceptibles de movilización militar⁴².

Esas actuaciones protectoras del Estado, erigido en garante ya no sólo de la libertad negativa, sino también de una mínima justicia social, no alcanzarán rango constitucional hasta la aparición en las constituciones de los llamados derechos sociales y económicos. Así ocurrió en la Constitución Mexicana de 1917 y en la Constitución alemana de 1919, la Constitución de Weimar. Quedaron así constitucionalmente consagrados derechos como el derecho al trabajo, a la seguridad social, el derecho de huelga y de asociación sindical, el derecho a un salario justo y a vacaciones o el derecho a la educación.

Se va así perfilando el llamado Estado social de derecho. Cambia la base ideológica y legitimadora del Estado. Se mantiene la protección de las libertades individuales frente a la arbitrariedad de los poderes públicos, pero se añaden nuevas tareas al Estado. Anteriormente se consideraba que el establecimiento de la justicia en la sociedad no era labor estatal, sino resultado de las relaciones sociales libres. Ahora se va

41. Así ocurrió de hecho en los Estados Unidos. Durante el siglo XIX el Tribunal Supremo Federal declaró inconstitucionales disposiciones legales que establecían la prohibición del trabajo infantil, que fijaban sueldos mínimos para las mujeres o limitaban la jornada laboral o que afirmaban la responsabilidad del empleador por los accidentes de trabajo. El argumento era que todas esas medidas atentaban contra la libertad constitucionalmente protegida, libertad que ninguna mayoría parlamentaria podía socavar. Y hasta se declaró inconstitucional la imposición legal de tributos, aduciendo que los impuestos significan una interferencia inadmisiblemente en el derecho de propiedad.

42. Así, en 1839 se regula en Prusia el trabajo infantil, regulación que tenía su precedente en la legislación fabril inglesa de 1833. Se prohíbe el trabajo en fábricas de los niños menores de nueve años y se establece que los menores de dieciséis años no tengan una jornada laboral superior a diez horas. En Francia se promulga una ley de protección del trabajo infantil en 1841. En 1878 se legisla en Prusia para la protección laboral de la mujer y la maternidad, en 1883 se instituye el seguro de enfermedad, en 1884 el de accidentes y en 1889 el de invalidez y vejez.

imponiendo la idea de que compete al Estado tanto velar por unas mínimas condiciones básicas para todo individuo, condiciones que le aseguren una digna posición en la sociedad y posibilidades efectivas de participar en la vida social en una situación que no sea de total sumisión e indefensión (Estado protector), como configurar la vida social y económica con arreglo a criterios organizativos y distributivos que maximicen el bienestar social (Estado intervencionista).

De ese modo, la justificación o legitimación del poder estatal cambia: ya no será meramente el velar por la libertad negativa, sino el procurar la libertad positiva mediante derechos que eviten las consecuencias injustas del uso abusivo de la autonomía individual, mediante prestaciones que fomenten la igualdad de oportunidades y mediante una organización de la vida social y económica que maximice el bienestar y la felicidad de los ciudadanos.

La aparición del Estado social tiene implicaciones que distorsionan grandemente el papel que anteriormente se asignaba al Estado. Bajo el prisma liberal, la búsqueda del bienestar y la felicidad individual era cometido propio de cada individuo autónomo, no tarea que cupiera realizar e imponer desde el poder. Que el Estado procure el bienestar y la felicidad de los individuos presupone que opera con un ideal de sociedad y con una concepción del bien y la justicia a los que somete a los individuos. Estos pasan de ser sujetos activos de la dirección de su propio ideal de vida a ser, en buena medida, sujetos pasivos del ideal de vida asumido y perseguido por el poder estatal. Esto acarrea la imagen de un Estado paternalista que se considera legitimado para restringir la autonomía de cada uno ya no en beneficio únicamente de la igual libertad de todos, sino también de la justicia social y del bienestar colectivo. Cotas de igualdad social sólo pueden imponerse a costa de márgenes de libertad individual. La salida teórica puede consistir en mantener que esa política social del Estado no sea mero reflejo de las ideas del gobernante, sino producto de la voluntad democrática expresada por los representantes libremente elegidos por los ciudadanos. Es decir, se trataría de que en el Estado social la sociedad siguiera predominando sobre el Estado.

El problema es también que con el Estado social la diferencia entre Estado y sociedad tiende a difuminarse. A medida que el Estado regula más aspectos de la vida social (la economía, la cultura, el ocio, etc.), la vertebración social y las relaciones personales están cada vez más mediatizadas por la regulación estatal, más juridificadas. Los esquemas espontáneos o tradicionales de solidaridad e interrelación social se van convirtiendo en relaciones jurídicas, en esquemas de derechos y deberes, de poderes y facultades⁴³. Una sociedad crecientemente dependiente del Estado, una sociedad cuyos miembros dependen en su bienestar y en sus

43. Jürgen Habermas ha forjado la expresión "colonización del mundo de la vida" para referirse a este fenómeno. Un ejemplo bien simple puede ilustrar el asunto. Mientras el Estado era básicamente abstencionista se consideraba que la atención y cuidado de los ancianos era responsabilidad fundamental de las familias, con lo que se mantenía el vínculo de solidaridad entre las generaciones y dentro del grupo familiar. En el momento en que el Estado se va haciendo cargo de la asistencia a los mayores (pensiones, residencias, personal especializado, etc.) cunde la idea de que nadie está social o moralmente obligado a cuidar de los ancianos, sino que es el Estado el único llamado a atenderlos.

opciones vitales del poder estatal, es una sociedad que pierde buena parte de su capacidad para controlar dicho poder y de su libertad para resistirse a él⁴⁴. De ahí la creciente importancia que la teoría política y social actual confiere a los nuevos movimientos sociales y a las asociaciones no gubernamentales, como vehículos de vertebración social o como medios de presión y reivindicación de la sociedad frente al creciente poder estatal.

El intervencionismo estatal supuso también importantes cambios en la configuración del sistema legal. Podemos sintetizarlos brevemente en los siguientes puntos.

- Inflación normativa⁴⁵. A medida que el intervencionismo estatal se va extendiendo a más campos y más sectores de la vida social, se multiplica el número de las normas jurídicas, crece enormemente la producción normativa. El material jurídico se hace prácticamente inabarcable, lo que se traduce, entre otras, en dos consecuencias negativas: desde el punto de vista de los ciudadanos, pérdida de seguridad jurídica, de certeza sobre sus derechos y sobre la calificación jurídica de sus comportamientos; desde el punto de vista del poder normativo estatal, pérdida de efectividad: la sobreabundancia de normas, lo intrincado de su lenguaje y sus interrelaciones, el carácter coyuntural de su promulgación y la frecuencia de las reformas normativas para responder a cambios de circunstancias, la creciente dependencia que la producción de normas tiene frente a los procesos electorales o la producción de estados de opinión, la frecuencia de la llamada legislación simbólica (leyes que proclaman ciertos objetivos que la sociedad reputa como positivos o necesarios, pero que no ponen los instrumentos legales o materiales necesarios para asegurar una mínima eficacia en la consecución de tales objetivos⁴⁶), etc., hacen que el derecho vaya perdiendo consideración como técnica de dirección social, que la sociedad pierda su fe en su eficacia ordenadora y que desde distintos ámbitos se propugne la "desregulación" jurídica o "desjuridificación" de las relaciones sociales como método para conseguir una sociedad más justa o más apta para el progreso económico y social⁴⁷. Estamos ante el dilema entre dos tendencias opuestas en el actual debate jurídico-político,

44. En una tal sociedad aumentan también los riesgos para la libertad y el orden democrático. Cuando las razones que legitiman al poder estatal ya no son vistas por los ciudadanos en la garantía de las libertades sino en la satisfacción de expectativas materiales y el logro del bienestar, los momentos de crisis económica en que el Estado se encuentra con dificultades para satisfacer tales expectativas significan momentos de deslegitimación en los que la ciudadanía puede ceder a la tentación de mantener su bienestar a costa de que se limiten sus derechos o, mejor aún, los de ciertos grupos sociales (parados, inmigrantes, grupos de oposición, etc.).

45. De la misma manera que los economistas hablan de inflación para referirse al fenómeno de la pérdida de valor de la moneda al producirse un incremento desproporcionado de la moneda en circulación, se habla aquí de inflación normativa en la idea de que el aumento excesivo del número de normas repercute en pérdida de efectividad de las normas, en descenso de su valor ordenador.

46. Díez Picazo califica estas leyes, siguiendo a González Palomino, como "leyes ad pompan vel ostentationem" y las caracteriza como "leyes que se dictan porque es de buen tono tenerlas, porque los países similares al nuestro (...) las tienen o por otras razones semejantes. Son leyes -añade- que se sabe de antemano que no van a ser cumplidas o que no lo van a ser totalmente. No importa. Hay que tenerlas y se tienen" (Díez Picazo, L., p. 11).

47. El problema de tales propuestas es que casi siempre suponen un retorno a formas de liberalismo económico en que la desregulación jurídica no significa sino la libertad de los agentes económicos para organizar sin límites ni restricciones la vida económica, con la consiguiente supremacía del poder económico de las grandes empresas y los grandes grupos financieros y sin la acción protectora del Estado en favor de los más desprotegidos o menos pudientes.

gráficamente descritas por Pérez Luño como la antítesis entre hipertrofia e hipostenia legislativa (Pérez Luño, p. 80-81).

También merece resaltarse que la sobreabundancia de normas genera lo que se denomina "la multiplicación de las tolerancias"⁴⁸: se da por supuesto que las normas no se apliquen o no se apliquen plenamente, ya sea porque tal aplicación requiera medios que no existen, ya porque el cumplimiento estricto de todas las normas supondría de hecho el bloqueo de la actividad en cuestión⁴⁹. El aumento de estas "tolerancias" implica pérdida de seguridad en las relaciones jurídicas y de la función ordenadora del derecho, con el consiguiente margen de arbitrariedad por parte de quienes deberían estar sometidos a la norma.

- Degradación de la forma legal. Sabemos que el Estado de Derecho nace unido a la idea de ley general y que ésta es concebida con un esquema claro de supuesto de hecho y consecuencia jurídica, es decir, que a la concurrencia de un hecho delimitado como condición se asocia el deber de que acontezca una consecuencia jurídica precisa. Pues bien, el intervencionismo estatal en campos como el económico, sujetos a permanente cambio e imprevisibilidad, implica varias consecuencias relevantes a este propósito.

Por un lado, la legislación se limita a menudo a trazar objetivos, meros fines, sin prescribir los modos concretos en que ha de actuar el órgano encargado de ejecutarlos, que no es otro que la Administración. De este modo, el estilo de legislación basado en la llamada programación condicional se sustituye por la llamada programación teleológica. Como consecuencia, crece grandemente la autonomía de la Administración y se dificulta en la misma medida la posibilidad de su control, ya que la legalidad a la que queda así sometida es vaga y no aporta parámetros suficientes con los que medir la actuación administrativa en su legalidad o no. Como dice Grimm, es esos casos la Administración "ya no es poder ejecutivo, sino instancia que decide políticamente" (Grimm, 1991, p. 173).

Por otro lado, esa implicación del poder estatal en la dirección día a día de la vida económica y social conlleva la necesidad de implicarse en negociaciones y regulaciones para las que no sirve la legislación general, ya que se trata de lograr comportamientos o prestaciones de sujetos concretos o de específicas organizaciones o grupos (que una empresa invierta en ciertos productos, que una fábrica determinada se instale en cierto territorio, que ciertos inversores no retiren sus capitales de una determinada inversión, que los hoteles de la costa no tengan que cerrar en invierno, que los productores de leche no rebasen cierta cuota de litros, que cierto sindicato que tiene una importante deuda no se sume a una convocatoria de huelga general, que la viuda de un artista famoso ceda parte de la obra de éste para constituir un museo municipal, etc., etc.).

48. "La tolerancia se puede definir como un fenómeno de no respeto comunmente aceptado de la regla de derecho" (Henry, 1218).

49. Las huelgas de celo de los controladores aéreos suponen un magnífico ejemplo a este respecto: el cumplimiento preciso de todas las normas de seguridad aérea acarrea el bloqueo del tráfico aéreo establecido.

Esto da lugar a dos importantes innovaciones. Por una parte, la abundancia de "leyes de medida" (**Massnahmegesetze**), que no tienen el carácter de normas generales y abstractas⁵⁰. Por otra parte, el Estado se va convirtiendo ya no sólo en poder normador, sino también en poder negociador que pacta con otros poderes y sujetos todo tipo de contraprestaciones o favores a cambio de ciertas actuaciones de los mismos y en muchas ocasiones sin la transparencia de lo negociado que exigen los principios de legalidad y de publicidad. Renace por esta vía la idea de razón de Estado⁵¹.

- Judicialización de la vida social. Derivación de buena parte de los fenómenos anteriores es el creciente predominio del poder judicial. La incerteza sobre el derecho vigente y su interpretación, la pérdida de calidad de las normas, con abundancia de errores sintácticos, remisiones circulares, derogaciones defectuosas, etc., la abundancia de legislación plagada de cláusulas generales y meras declaraciones programáticas, la frecuencia de pactos, negociaciones y prestaciones cuyo respaldo legal es dudoso, la posibilidad de recurrir al juez para el control de las actuaciones administrativas también en aquellos casos en que la ley que delimita esas actuaciones es puramente programática o sumamente ambigua, etc., supone un aumento del poder de los jueces, quienes, a falta de claridad o precisión en las palabras de la ley, acaban pasando de ser garantes de

50. "El derecho ya no se presenta como un conjunto de reglas generales jerarquizadas y articuladas, sino solamente como un mosaico de textos especiales, con un contenido técnico muy marcado y llevando muy lejos la atención al detalle, y cuya aplicación queda estrechamente circunscrita en el tiempo y el espacio" (Chevallier, 377). Según García Pelayo, "En todo caso, en la legislación aprobada por el Parlamento, nos encontramos con una diversificación de formas debida, en parte, a la cantidad misma de la legislación (...), al carácter instrumental de la ley, a la imposibilidad de entrar en especificaciones técnicas o en la necesidad de adaptación a las circunstancias cambiantes; y así, junto a las formas clásicas de la ley, proliferan otros tipos de leyes como las leyes medida, las leyes cuadro, las leyes programa, etc." (García Pelayo, p. 369). El porqué de este fenómeno lo explica el mismo autor: "cuando el Estado ha de utilizar la legislación, no sólo para crear un orden general para la acción, sino también como instrumento de acción, entonces las leyes no pueden tener siempre carácter general y abstracto, sino frecuentemente específico y concreto, de acuerdo con la singularidad y, a menudo, con la temporalidad del caso a regular o del objetivo a conseguir" (García Pelayo, p. 368).

51. La idea de la "razón de Estado" significa que el poder estatal está legitimado para vulnerar las leyes cuando así lo exija la seguridad estatal o exista amenaza grave para el grupo social y no haya garantías de que con el respeto a la ley se vaya a eliminar eficazmente tal amenaza. Así, los partidarios del argumento de la razón de Estado consideran que es legítimo que, por ejemplo, el aparato policial recurra a la tortura o al asesinato de terroristas cuando éstos suponen una grave amenaza para la pervivencia del Estado y el empleo de los medios legales se muestra inefectivo para su erradicación o limitación. Piénsese en la polémica de los GAL en España, en la muerte de varios terroristas del IRA, desarmados, en Gibraltar a manos de la policía antiterrorista inglesa, en las frecuentes actuaciones "antiterroristas" del MOSAD israelí para "eliminar" líderes radicales palestinos, o en la voladura del barco de Greenpeace por miembros del servicio secreto francés. El problema de este tipo de razonamientos es, por supuesto, que un poder estatal que deja de respetar la legalidad en nombre de la seguridad, el orden o el interés general, como el riesgo de convertirse de inmediato en un poder despótico que puede actuar contra cualquier ciudadano invocando cualquiera de esos vagos valores y sin posibilidad de que el ciudadano se defienda. Pues bien, en el aspecto que nos ocupa, la idea de razón de Estado se traduce en que el Estado, so capa de perseguir objetivos económicos o sociales necesarios para el progreso social o el bienestar general, pueda recurrir a otorgar a la persona o grupo de turno prebendas, privilegios, bienes o prestaciones que las leyes no amparan, todo ello acogiéndose al secreto de las negociaciones. Ni que decir tiene que un poder estatal con tal autonomía y falta de control es un poder propenso a la corrupción impune: a menudo se invierten las tornas y no es el poder económico el "seducido" por los favores del Estado para la defensa del interés general, sino el poder político del Estado el que cede ante las pretensiones e intereses de los grupos empresariales o financieros o de la persona con intereses y sin escrúpulos: comisiones, regalos, "favores" hacia los allegados o hacia el partido político, etc.

la legalidad a portadores de la verdadera, por no decir única, palabra del derecho. Que la ley general se repliegue no quiere decir que los conflictos jurídicos desaparezcan y la instancia que los resuelve poseerá tanta mayor autonomía y tanta menor limitación precisamente cuanto mayor sea el margen de indefinición que posean las normas que aplican. Por otro lado, esa indefinición y la consiguiente incerteza de los ciudadanos sobre el alcance de sus derechos o responsabilidades actúa como acicate para que el ciudadano juegue al "azar" de acudir a los tribunales siempre que se siente perjudicado, con lo que aumenta ese mencionado papel de los jueces como verdadero poder dirimente y último⁵². El dirimir judicialmente los conflictos pasa de ser la excepción, cuando la ley es general y clara, a ser la regla cuando la ley puede amparar, por su vaguedad o imperfección, cualquier decisión. A medida que se difumina el imperio de la ley crece la autonomía de la Administración y se afirma el imperio de los jueces.

El Estado intervencionista o Estado del bienestar ha suscitado otras muchas críticas desde distintos puntos de vista. Así, se ha dicho también que en este Estado se produce un peligroso reforzamiento del poder político en detrimento de las libertades, pues ese poder se justifica cada vez más por sus logros materiales aun a costa de la mayor o menor licitud o legalidad de los medios que a tal fin emplee; que fomenta individuos acomodaticios, egoístas e insolidarios que ya no buscan en el Estado garantía de la libertad necesaria para la lucha por la vida y la competición en sociedad, sino la gratuita satisfacción de las necesidades y un bienestar con la mínima contraprestación de esfuerzo; que a medida que la Administración crece y se hace más fuerte se da lugar a una **nomenklatura** funcionarial y de cargos públicos de nombramiento político que se constituye en la nueva élite social y económica, introduciendo en el sistema social nuevos privilegios, nuevas discriminaciones y nuevos atentados contra la igualdad de oportunidades; que ese intervencionismo estatal, desmotivador del esfuerzo individual y la competencia, es económicamente ineficiente y distorsionador, por dañar el funcionamiento objetivo del mercado y por el elevado gasto público que genera, gasto para el que se detraen de los sujetos privados cantidades económicas que serían más productivas en manos de la

52. Merecen citarse las siguientes palabras de Díez Picazo, aunque hayan sido pronunciadas en un contexto temático distinto del que aquí tratamos: "Lo que he llamado anteriormente el manguante de la ley, junto con la extensión desorbitada de la técnica de aplicación directa de la Constitución, están produciendo entre nosotros una potenciación extraordinaria del Derecho judicial (...). Llamo "derecho judicial" a los pronunciamientos de los tribunales que no sólo resuelven en justicia los casos concretos, sino que establecen reglas o doctrinas con una pretensión de sobrevivir a ese caso concreto y que carecen de una directa vinculación con la ley. Son, por decirlo así, *praeter legem* y en algunos supuestos incluso *contra legem*. No se trata, ciertamente, de un fenómeno de nuestros días. Es muy probable que una cierta dosis de justicia casuística haya existido siempre (...). El fenómeno que me preocupa es la potenciación de esa línea, su generalización y trivialización" (Díez Picazo, p. 22). Añade el mismo autor que tal fenómeno sigue dos caminos. Uno, "la utilización *ad nauseam* de las cláusulas generales, en cuya fase de concreción el margen de arbitrio judicial es indudablemente extraordinario". Otro, la "técnica de "acomodación" de las leyes a la Constitución, que se produce formalmente por vía interpretativa, pero que en rigor va más allá de la vía interpretativa" (*ibid.*, 22). Señala que en estas últimas sentencias, bajo la pretensión de hacer una aplicación de la Constitución, "lo que a veces se invoca son los valores supremos y entre ellos el principio de justicia. Lo que quiere decir, lisa y llanamente, que la aplicación de la Constitución lleva directamente, sin ninguna intermediación, a la creación judicial del derecho. Piénsese, para cerrar el círculo, lo que significa una acomodación de la ley a la Constitución (...) para ajustarla al artículo 1º y al valor supremo de justicia" (*ibid.*, p. 23).

sociedad y la inversión privada; que la intervención pública en la vida social tergiversa las dinámicas operantes en los ámbitos sociales de que se trate y las sustituye por esquemas burocráticos y partidistas que convierten en rémora y gasto improductivo lo que era producto socialmente beneficioso, etc. Por no hablar del manido argumento de que en el Estado social todo intento de aumentar la igualdad o la justicia social se hace siempre a costa de la libertad individual, entendida casi siempre, en estas críticas, como libre e ilimitada disposición de la propiedad.

La crítica al Estado social es utilizada a menudo con vistas a propugnar el retorno a planteamientos de liberalismo irrestricto, a un régimen de mercado apenas regulado o limitado en sus consecuencias por la acción jurídica del Estado. Pero no se ha de perder de vista que las nuevas injusticias o disfuncionalidades generadas por el intervencionismo del Estado social no pueden ocultar que éste nace precisamente para corregir las injusticias del anterior liberalismo y su secuela de desigualdad, desprotección y miseria de los menos favorecidos. La solución por tanto, no parece que pueda ser el abandono de los derechos económicos y sociales, en aras de una imposible sociedad perfecta con Estado mínimo. La salida ideal sería encontrar fórmulas que permitan combinar sin contradicción los dos componentes del Estado liberal y del Estado social de Derecho, respectivamente: el imperio de la ley y todas sus implicaciones y el logro de una mínima igualdad y justicia social. Se han de hacer conciliables las conquistas jurídicas de cada una de esas dos etapas, pero no hay por qué ver incompatibilidad entre los presupuestos valorativos de ellas. En efecto, los valores legitimadores tendrán que seguir siendo sin excepción los de libertad del individuo, seguridad frente al poder, dignidad de la persona individual por encima de cualquier valor grupal, legalidad, democracia. Una mínima satisfacción de las necesidades básicas, una mínima justicia social tendrá que poder imponerse por vía de la acción protectora del Estado, como consecuencia precisamente de la idea de dignidad del individuo, sin que para ello tenga por qué justificarse la vulneración de cualquiera de los valores anteriores y sin que sirva de pretexto al poder político para sustraerse a los controles democráticos o al dictado de las leyes.

Con ser difícil y vaga esta síntesis que se propone, una cosa ha de quedar clara: el Estado de Derecho, con toda la carga valorativa y legitimadora que lleva implícita, con su significado para el respeto del individuo y sus derechos básicos, sólo se mantiene mientras no se socaven sus formas jurídicas. La esencia del entramado jurídico del Estado de Derecho se sintetiza en una serie de formas y procedimientos jurídicos que permiten que funcione el sistema de controles y que los derechos de cada cual se impongan con publicidad y transparencia. Cualquier violación de esas formas y procedimientos, que constituyen la sustancia última del Estado constitucional y que dan vida al principio de legalidad, es un atentado contra la base del Estado de Derecho y un debilitamiento de la posición del individuo frente al poder. Y esa pérdida de una conquista histórica que define el derecho en la época moderna jamás podrá compensarse

con apelaciones a la justicia social, la solidaridad o ningún otro valor⁵³.

La justicia primera es, en el Estado de Derecho, la justicia de las formas, y sólo sobre ésta, jugando con los contenidos de las leyes del modo formalmente prescrito, se puede perseguir objetivos de justicia material. Lo contrario acaba siempre por ser paternalismo de un poder que quiere liberarse de ataduras y acercarse al ideal de todo gobernante con ínfulas mesiánicas o intereses inconfesables: ser poder absoluto.

Bibliografía

Bobbio, N., Estado, gobierno, sociedad. Contribución a una teoría general de la política, Barcelona, Plaza y Janés, 1987.

Böckenförde, E-W., Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt M., Suhrkamp, 1991.

Chevallier, J., "L'état de droit", Revue du Droit Public, 1988, pp. 313-380.

Díaz, E., Estado de Derecho y sociedad democrática, Madrid, Taurus, 8ª ed., 19981.

Díez-Picazo, L., "Constitución, ley, juez", Revista Española de Derecho Constitucional, 15, 1985, p. 11.

Fieberg, G., Justiz im nationalsozialistischen Deutschland, Köln, Bundesanzeiger, 1984.

García Pelayo, M., "El Estado social y sus implicaciones" (fragmento de su obra Las transformaciones del Estado contemporáneo, Madrid, Alianza, 1980), en J. Subirats, P. Vilanova, La evolución del Estado en el pensamiento político, Barcelona, Petrel, s.a., pp. 351-370.

Grimm, D., Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt M., Suhrkamp, 1987.

Grimm, D., Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt M., Suhrkamp, 1991.

Hattenhauer, G., "Wandlungen des Richterleitbildes im 19. und 20. Jahrhundert", en R. Dreier, W. Sellert (eds.), Recht und Justiz im "Dritten Reich", Frankfurt M., Suhrkamp, 1989.

Heller, H., Teoría del Estado, México, F.C.E., 3ª ed., 1955.

Henry, J-P., "vers la fin de l'état de droit?", Revue du Droit Public, 1977, pp. 1207-1235.

Kelsen, H., Teoría pura del derecho, México, UNAM, 1982.

Kriele, M., Introducción a la teoría del Estado, Buenos Aires, Depalma, 1980.

Krüger, H., Allgemeine Staatslehre, Stuttgart, etc., Kohlhammer, 1966.

Leisner, W., "L'État de droit -une contradiction?", en Recueil d'études en hommage a Charles Eisenmann, París, Cujas, 1975, pp. 65-79.

Olivecrona, K., Gesetz und Staat, Kopenhagen, Ejnar Munksgaard, 1940.

Peces-Barba, G., Derecho y derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Pérez Luño, A-E., El desbordamiento de las fuentes del derecho, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993.

Troper, M., "Le concept d'état de droit", Droits, 15, 1992, pp. 51-63.

Zippelius, R., Teoría general del Estado, México, Porrúa, 1988.

53. "La destrucción de la libertad en los regímenes totalitarios -dice Böckenförde- nunca comienza con el uso de las garantías y los procedimientos formales, sino con la violación de los mismos bajo la invocación de un derecho más alto, material o prepositivo, ya sea la "verdadera religión", la "comunidad racial del pueblo" o el "proletariado" (Böckenförde, 166). Por su parte, Troper nos recuerda otro buen testimonio del desprecio de los valores formales en detrimento de una supuesta justicia material: "la ideología hitleriana usaba la noción de Estado de Derecho nacionalsocialista, que era descrita como un Estado de justicia que se imponía cualquiera que fuera el contenido de las reglas formalmente en vigor" (Troper, 56). Y, en palabras de otro autor, bajo el nazismo "la vinculatoriedad general del derecho fue mantenida como principio, pero podía ser rota por motivos "nacionales" (G. Fieberg, p.44). El nazismo "oponía el derecho vivo a la letra muerta del formalismo legal, a la justicia formal se contraponía la justicia material o, como hoy se diría, la justicia del caso concreto" (G. Hattenhauer, p. 27).

Este trabajo fue facilitado por el autor, para su eventual publicación, como parte de los insumos de la consultoría sobre "Interpretación y Argumentación Jurídica" (abril 2004). Dicha actividad se realizó con el apoyo del Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos, dentro del Programa de Formación Inicial para Jueces (PFI), con el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI).

7. Los derechos humanos: su fundamentación y alcances.

Armando de la Torre
 Director de la Escuela Superior de Ciencias Sociales de la
 Universidad Francisco Marroquín, Guatemala.

SUMARIO.

Introducción. 1. Su fundamentación. 2. Su erosión por el positivismo jurídico. 3. La complicación adicional de la justicia social. 4. Otra opción: el derecho consuetudinario. 5. Conclusión.

La cuestión de los derechos humanos se ha convertido en los últimos veinte años en la más controvertida y abusada de todas las cuestiones jurídico-políticas.

Aunque el concepto contemporáneo de derechos de todo hombre por el hecho de ser hombre data principalmente de pensadores ingleses del siglo XVII -sobre precedentes del mundo clásico y de la Edad Media-, la instrumentalización política del término se ha dado desde las postrimerías de la llamada Guerra Fría, muy en particular desde el acuerdo internacional en Helsinki de 1975 y el gobierno desde 1977 de Jimmy Carter en los Estados Unidos.

La intención transparente del recurso político al tema de los derechos humanos por parte de éste y otros gobiernos se enderezaba a la legitimación de la posición occidental frente a la permanente amenaza de expansión del totalitarismo soviético.

Para esas fechas, la superioridad en eficiencia del mercado libre de Occidente sobre el mercado centralmente planificado del bloque soviético ya resultaba patente a todos. Por eso se desplazó deliberadamente el debate a muerte entre los dos sistemas, el "capitalista" y el "socialista", al otro plano, el moral o ético, donde las ventajas del Occidente capitalista se hacían aún más claras por su respeto y preservación constitucionales de los derechos humanos fundamentales (llamados por ello "inalienables" o irrenunciables) (1).

La acusación por la recurrencia en las violaciones a esos derechos hacia los regímenes totalitarios se hizo extensiva a aquellas otras sociedades del Tercer Mundo, -muy en particular de la América Latina- cuyo historial de inestabilidad política y gobiernos dictatoriales y arbitrarios los hacían el blanco natural de las organizaciones que dicen velar internacionalmente por la defensa de los derechos humanos (2).

1. Su fundamentación.

Todo derecho es un reclamo potencial o actual de una persona al ser o a la conducta de otra. En cuanto tal, sólo es predicable "stricto sensu" del individuo natural, no de las "ficciones jurídicas" que la legislación

universal también reconoce como "personas", es decir, como sujetos de derechos y obligaciones, tales como el Estado, un partido, una corporación o un gremio.

La principal característica de lo que se reconoce justamente como un derecho es la de entrañar correlativamente una obligación por parte de otras personas hacia el depositario de ese derecho. Mi derecho a la vida implica en los demás la obligación a respetarla en toda su integridad, y viceversa; mi derecho a la libertad supone necesariamente en los demás la obligación de respetar mis decisiones de libre asociación con otros, o de comprar, vender, moverme geográficamente o elegir libremente mi cónyuge, y viceversa. Mi derecho a la propiedad conlleva el respeto obligado por parte de otros a los frutos de mi trabajo o a lo que yo haya acumulado o recibido en herencia, y viceversa.

De manera que sólo cabe hablar de derechos apropiadamente donde tratamos de obligaciones recíprocas entre personas naturales y, por una ampliación de la imaginación jurídica, de personas legales ficticias, las que obviamente habrían de ocupar un lugar ontológicamente secundario con respecto a las primeras en la jerarquía de toda sociedad jurídicamente organizada.

Aunque la idea de que todo hombre, por el simple hecho de ser hombre, esté dotado de derechos que nadie puede arbitrariamente vulnerar, -pues son derechos imprescindibles para su supervivencia-, tiene sus precedentes en la Grecia clásica y en la República romana, y aun en ciertas concepciones jurídicas de la Edad Media cristiana y del Renacimiento, su formulación moderna arranca de la obra de Thomas Hobbes, de mediados del siglo XVII, intitulada por su autor, con toda malicia, "El Leviatán", un animal monstruoso (en referencia al Estado).

Hobbes se apoyó en sus consideraciones sobre la teoría entonces muy popular por Europa del Derecho Natural. El fue el primero en especificar los de la vida, la libertad y la propiedad como aquellos derechos mínimos sin los cuales el hombre no puede sobrevivir. La alternativa a su vigencia es guerra de todos contra todos, en la que la vida de cada cual sería "...solitaria, brutal, pobre, desagradable y corta". A esto añadió él, por vía de legitimación del tránsito humano de la sociedad natural (donde, repito, "homo homini lupus est") a la sociedad civil, la hipótesis racionalista de un "contrato social", por el cual los hombres hemos renunciado en favor de un príncipe a ciertos otros derechos secundarios y periféricos a cambio de poder retener con certeza jurídica esos otros fundamentales y esenciales (3).

Según Hobbes, los contratantes naturales en este caso lo son todos aquellos que aceptan vivir en la sociedad civil; por lo mismo, los únicos obligados en conciencia a la observancia mutua de lo pactado. El Estado (el Leviatán) no es más que el árbitro que cuida de la observancia mutua de ese contrato. Violar la promesa que lo entraña sería precisamente lo que constituye una injusticia.

La idea de poner un contrato, que obliga recíprocamente a todos, a la base de la sociedad civil se encaminaba a asegurar la supervivencia al largo plazo del súbdito a través del cumplimiento riguroso e ineludible

de la promesa anticipada por cada uno de acatar las decisiones del príncipe. No escapaba entonces a Thomas Hobbes -como no había escapado a los juristas medievales ni a los profesores eximios de la universidad de Salamanca del siglo XVI-, la importancia de reglas claras, simples y estables, que no podrían conocer de excepciones, para el mantenimiento de un orden civil **justo**. Lo novedoso en Hobbes era la justificación deductiva (no basada en el orden consuetudinario) de su interpretación de lo justo.

En la concepción de Hobbes, la promesa contractual, una vez dada, no era revocable, como no es revocable unilateralmente en sana legislación un contrato incurrido según la ley. Por lo tanto, al súbdito nunca le asiste el derecho a la rebelión.

John Locke, un poco más tarde, en su Primer y Segundo Tratados de Gobierno, que hiciera públicos después de lograda la Revolución Gloriosa de 1688 en Inglaterra, hizo suya la atribución de ciertos derechos naturales inalienables al hombre pero añadió su moderada visión del papel del árbitro, esto es, del Estado, al que considera **igualmente** obligado y limitado en sus acciones por esos mismos derechos fundamentales cuyo respeto constituye la parte total del Contrato Social (4).

Locke supo encarnar como ningún otro la visión parlamentaria "whig" a la que más tarde, a comienzos del siglo XIX, se le daría la etiqueta de "liberal", término acuñado por los españoles favorables a las Cortes de Cádiz e incorporado desde entonces literalmente a todas las lenguas cultas de Occidente.

La idea de un gobierno **limitado** por ciertos derechos fundamentales anteriores y superiores al Estado del hombre saltó al Nuevo Mundo, donde desembocó en la corriente constitucionalista que es el mayor timbre de gloria de la América del Norte anglosajona.

Para mediados del siglo XVIII, varias de las colonias inglesas en América habían recogido en sus estatutos fundamentales la enumeración de ciertos derechos específicos que, supuestamente, se derivaban del respeto a esos otros irrenunciables: los de la vida, la libertad y la propiedad (5).

Este proceso habría de culminar en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos redactada por Tomás Jefferson (1776), donde se afirmaba que "tenemos estas verdades por evidentes: que todos los hombres somos creados iguales, que todos hemos sido dotados por nuestro Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales se encuentran los derechos a la vida, a la libertad y a la persecución de la felicidad".

Originalmente, Jefferson había seguido a Hobbes y Locke en la inclusión del derecho a la propiedad como un derecho inalienable, pero por una objeción del delegado de Carolina del Sur, que defendía la institución de la esclavitud y que, aleccionadoramente, reconocía en sus esclavos el derecho natural a la libertad pero no al de la propiedad, Jefferson sustituyó en el borrador definitivo el derecho a la propiedad por ese otro de la "prosecución de la felicidad".

Jefferson había permanecido bajo la égida intelectual de los grandes teóricos del Derecho Natural de los siglos XVI y XVII (Vitoria, Suárez,

Grotius, Puffendorf), al igual que los demás firmantes de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos.

La traducción de estos principios filosóficos al sistema jurídico fue consolidada, once años después, en las primeras nueve enmiendas a la Constitución norteamericana, más conocidas como Declaración de Derechos ("Bill of Rights").

Con una adición notable: el derecho "al debido proceso", que se hizo universalmente válido de cara al Estado y que resaltaría mucho más en la tradición del "common law" anglosajón que en la de los Códigos civiles del Continente.

Paralelamente a este proceso en el mundo anglosajón se seguía otro, no menos fecundo, en la Europa continental, particularmente en Francia.

El barón de Montesquieu, gran admirador de la realidad política británica, aunque no tan claro discernidor de la misma, abogó por el principio de la estricta separación de poderes como la condición ineluctable de un Estado cuyo ámbito de poder pudiera llegar a ser eficazmente limitado por derechos humanos anteriores y superiores al Estado (6).

Otro tanto digamos de Voltaire y los grandes de la Enciclopedia (Diderot, D'Alembert, Condorcet,...) que hicieron suya la visión iusnaturalista de los derechos del hombre, como acabarían de ser plasmadas en la renuncia voluntaria de la nobleza a sus privilegios feudales, paso previo a la famosa Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 28 de agosto de 1789.

Aunque los pensadores franceses se inspiraron grandemente en las ideas y la práctica de la vida política inglesa (y en algún grado menor, también de la norteamericana) tal como ellos las entendían, exageraron aún más el principio de la división de poderes, al igual que la representatividad mayoritaria de una mítica "voluntad general" (según lo había razonado J.J. Rousseau), así como el ámbito de los derechos del hombre para incluir el de la rebelión contra la autoridad establecida que no hubiera cumplido con su parte del Contrato Social, tal cual ya lo había avanzado el mismo John Locke (7).

Ello, y la centralización absorbente por el Estado nacional jacobino a partir de Napoleón, llevó a los juristas alemanes de la segunda mitad del siglo XIX a la idea de tribunales "administrativos" que fallaran en los casos complejos de infracción de los derechos fundamentales de los ciudadanos por la potestad discrecional de los funcionarios públicos. De este frustrado intento se habría de derivar el ideal del "Estado de Derecho".

2. Su erosión por el positivismo jurídico.

A imitación de las Constituciones pioneras de los Estados Unidos y de la Francia revolucionaria se promulgaron innumerables otras en Europa, Iberoamérica y en algunas partes de Asia a todo lo largo del siglo XIX, con sus declaraciones más o menos explícitas y pormenorizadas de esos derechos fundamentales del hombre a la vida, la libertad la propiedad y, en ocasiones, a la resistencia.

Pero el siglo XIX también fue el marco para el surgimiento de una filosofía jurídica constructivista que acabaría por dar al traste con la filosofía del derecho natural sobre la que se habían edificado originalmente las declaraciones de los derechos del hombre.

Ese cambio en el clima intelectual fue realmente monumental.

Al racionalismo de la Ilustración siguió el voluntarismo del Romanticismo; a la filosofía del derecho natural, la filosofía del derecho positivo; a las leyes descubiertas por los jueces, los estatutos diseñados por voluntad de los legisladores.

Fueron muchas las razones y las influencias intelectuales que llevaron a tamaño cambio de opinión. La separación kantiana, por ejemplo, entre la ética y el derecho (correspondiente a aquella otra entre lo noumenal y lo fenoménico) hizo metafísicamente imposible el recurso desde una ley positiva a otra supuestamente superior de la Naturaleza.

Además, la insistencia de David Hume en la supuesta falacia de razonar de lo que es a lo que debe ser, así como el criterio del cálculo racional "de la mayor felicidad para el mayor número posible" del utilitarismo triunfante de Jeremías Benthan y John Stuart Mill hicieron superfluo, y hasta inadmisibles, todo arraigo de los derechos del hombre en un hipotético orden de la naturaleza que la razón con sus solas luces pueda descubrir (8).

No menos contribuyó a todo ello la novísima idea de la evolución, surgida entre los filósofos sociales de la Escocia de la segunda mitad del siglo XVIII y llevada más tarde al reino de lo puramente biológico por Charles Darwin a mediados del XIX. Si el postulado de la inmutabilidad de las especies desaparecía, con él se evaporaba el de la inmutabilidad de los derechos naturales derivados de la naturaleza de la especie humana.

Eso acabaría por llevar a los juristas de la segunda mitad del siglo XIX y la primera del XX a una "teoría pura del Derecho", como la que habría de exponer Hans Kelsen en su obra del mismo nombre hacia 1927 (9).

Se apuntaba con ella hacia un sistema lógico, herméticamente cerrado sobre sí mismo, con autonomía de toda otra provincia del saber, fuera la ética, la sociología, la economía o el conjunto de los criterios axiológicos derivadas de la naturaleza o la costumbre. La principal razón, quizás, de las aducidas por el positivismo jurídico, triunfante hasta hoy, descansa en la premisa de que no se pueden detectar ni a priori ni a posteriori pruebas para la justicia de un acto; por lo tanto, lo que es justo o injusto ha de ser determinado en la ley positiva, integrada en un sistema autónomo y jerárquico de leyes a cuya cúspide se situaría la Constitución, la expresión positiva fundante del soberano (el pueblo mayoritariamente representado por los constituyentes).

Esto facilitó hacer del Gobierno mayoritario un fin en sí mismo y no un mero medio para determinar pacíficamente quién sucede a quién en el ejercicio del poder supremo. No puede haber, por lo tanto, ley injusta por referencia a otra fuera del compacto mundo de la lógica interna del sistema jurídico. Tampoco han de aceptarse límites a la voluntad

constituyente, que puede ampliar o estrechar a capricho los derechos que reconoce a cada hombre por ser hombre.

El positivismo jurídico, que desplazó al iusnaturalismo de los siglos anteriores, fue de la mano del crecimiento de las atribuciones del Estado -ya endiosado dialécticamente por Hegel- que hoy englobamos bajo el concepto de Estado benefactor ("Wohlfahrt Staat", "Welfare state").

Esto explicaría la hemorragia legislativa de que hemos sido testigos este último siglo y que ha culminado en los diversos tipos de "democracia popular", constitucionales o no, de Lenin y Hitler a Mao y Castro.

3. La complicación adicional de la justicia "social".

Si la ley positiva **decide** de lo justo o injusto, aun más allá de la relación entre individuos naturales, su interpretación de lo justo debió ampliarse a una nueva nomenclatura. Por eso se añadió el término de la justicia "social" (la justicia entre grupos) a las tradicionales vindicativa, conmutativa y distributiva **entre individuos** de tradición aristotélica-tomista (10).

En realidad, ese término nuevo constituía una redundancia, dado que toda justicia por naturaleza ha de ser social, pues sólo entre dos o más individuos (en "sociedad") cabe imaginar actos justos o injustos.

Ya los fabianos ingleses habían hecho a fines de siglo los primeros escauceos a este respecto y habrían de triunfar rotundamente por ellos con el gobierno de Clement Attlee en 1945 (11).

Pero fue Mussolini el primero que incorporó ese término de nuevo cuño a la legitimación del poder corporativo fascista. Para él, la justicia "social" era una vertiente de la justicia "distributiva" entre gremios, no entre individuos. Su objetivo era la superación de la lucha de clases que, según él, tan peligrosamente debilitaba al Estado nacional. A través del sistema de sindicatos verticales, que hacía "justicia" entre las especializaciones más fundamentales del sistema moderno de división del trabajo, se lograría la paz "social". El Estado era un nuevo Leviatán, un nuevo árbitro, no sólo en los conflictos contractuales privados sino en los conflictos entre los grupos envueltos "socialmente" en la producción. "Nada fuera del Estado; nada contra el Estado; todo dentro del Estado", fue su enseñanza (12).

Esta revisión colectivista de la justicia fue incorporada por el Papa Pío XI a la doctrina social de la Iglesia en su célebre Encíclica "Quadragesimo Anno" de 1931. Aunque la sugerencia inicial para el uso del término "justicia social" le vino del fascismo, el Papa lo supo templar con los otros principios claves de la tradicional doctrina social de la Iglesia: el de la dignidad infinita (y los derechos consiguientes) de la persona así como de su responsabilidad individual, el de la solidaridad entre los hombres y, sobre todo, el de la subsidiaridad ascendente según la posición de cada estamento en el rango político de la sociedad organizada como Estado (13).

En nombre de la justicia social se han multiplicado desde entonces ad nauseam los derechos globalmente conocidos como económicos,

culturales y sociales tanto de individuos como de grupos. Con esto se ha borrado la distinción original entre derechos fundamentales e inalienables y los periféricos y voluntariamente renunciables. Así como desde el punto de vista del positivismo jurídico no hay leyes justas o injustas, así desde el punto de vista de la justicia social no hay derechos irrenunciables y renunciables, fundamentales y periféricos, los que obliguen en conciencia y los que no obliguen en conciencia. Todos los derechos, porque así lo promulga la voluntad del legislador, resultan **igualmente** válidos.

Esto transparenta el inevitable autoritarismo que entraña el concepto de justicia social; porque los derechos se reconocen de acuerdo a méritos que sólo una autoridad, en este caso la del Estado, puede identificar.

Hoy ya no sólo se habla de los "derechos" del desempleado a un puesto de trabajo seguro, del enfermo a una atención más allá de lo previsto contractualmente, de los consumidores a la energía barata, del niño al amor de los adultos, de los ancianos al subsidio de los jóvenes, de los sin hogar a un techo financiado por otros, de los analfabetas a la cultura superior, de las etnias a una autonomía privilegiada, de los dirigentes sindicales al recurso a la coacción para fines privados, de los homosexuales a la misma consideración que los heterosexuales, sino hasta, más recientemente, de los animales a un trato bondadoso por parte de los humanos...

4. Otra opción: el derecho consuetudinario.

Una de las verdades más importantes y decisivas que podemos aprender del libre mercado es que la abundancia de la oferta abarata el precio de lo ofrecido. Esto parece suceder cada vez más con la sobreabundancia de la oferta de derechos por decreto legislativo que nada tienen de fundamento teórico ya sea en una concepción de la naturaleza o en otra de la costumbre, aunque todavía se les englobe a los otros con el honoroso calificativo de "derechos humanos".

Entre el iusnaturalismo de los primeros siglos de la teoría de los derechos humanos y el positivismo jurídico de los últimos dos se sitúa otra perspectiva de la cual apenas he hecho mención: la del derecho consuetudinario.

Es el derecho de la costumbre, que descubren los jueces -no los legisladores- en la conducta diaria y que se remonta a principios de validez universal a través del uso de precedentes ("stare decisis") y del razonamiento por analogía.

Es el Derecho tal cual lo conocieron los romanos de la República, como lo vivieron los pueblos germánicos del Medioevo europeo, o los hebreos que se sujetaban al Talmud, el derecho como aún lo conservan los anglosajones en su "common law" (14).

Es el Derecho que enmarca la ley, pero la ley que respondía al término "nomos" de la Grecia clásica y que tan elocuentemente supiera recoger Pericles en su famoso discurso por los primeros caídos de la guerra del Peloponeso. La "dura lex, sed lex" de los Escipiones, Polibio y Cicerón (15).

Es el que ha resurgido vigorosamente en esas economías informales de nuestra América Latina, ahogadas por la hemorragia legislativa no tanto de congresos y parlamentos como de la discrecionalidad reguladora de los funcionarios del Poder Ejecutivo, que hace tan elevado el costo del Derecho para los más jóvenes o los económicamente más débiles.

Es el que se practica, casi a escondidas, por algunas de nuestras etnias del altiplano y por los "jueces de aguas" de Zacapas... La ley consuetudinaria, a diferencia de la interpretada como ley natural, no es inmutable sino que evoluciona lentamente por la agregación de innumerables mutaciones minúsculas de individuos que ni diseñan ni planean la dirección que ha de tomar la norma pero que asumen la carga de responder en lo individual por sus tanteos violatorios de la misma (16).

Es un proceso de cambios anónimamente inducidos, prácticamente insensibles en el lapso de una sola generación, pero no menos efectivo por responder a la dinámica jerarquía de valores que informa de veras las transacciones de los hombres en toda sociedad histórica.

Es un proceso difusamente evolutivo y espontáneo, de vigencia casi siempre multiseccular mientras escapa a la capacidad planificadora de cualquier intento humano aislado.

Es el único proceso colectivo auténtica y genuinamente "social" (17).

Desde esta otra perspectiva, en respuesta a los positivistas jurídicos, se puede afirmar que si bien puede no darse una prueba de la justicia, siempre es aducible la prueba de la injusticia, en una forma análoga a los hechos que resultan de un experimento y que pueden falsear la hipótesis sobre la que se había diseñado, o como lo que ocurre en todo mercado competitivo bajo reglas iguales, cuando la indiferencia de los consumidores es prueba suficiente del error empresarial de una oferta.

El derecho consuetudinario no reconoce abstracciones colectivas sino casos e individuos históricos de carne y hueso, por la sangre o por contratos entrelazados. La justicia o injusticia sólo la reconoce entre tales personas naturales, según leyes que no son puestas por una voluntad legisladora sino descubiertas por una razón arbitradora. El premio o el castigo no responde tanto a las intenciones del fuero interno como a las consecuencias de los actos en el fuero externo. Por eso su supuesta eficiencia económica (18).

Los derechos no los otorga el Estado -como tampoco se leen en el orden de la Naturaleza-, sino son conquistas y resultados imprevistos de innumerables decisiones por hombres y mujeres en casos similares durante siglos.

La propiedad, la libertad, la vida, la prosecución de la felicidad, no son favores de nadie ni designios de la inescrutable naturaleza; son las condiciones sine qua non de la cooperación pacífica que se reconocen al paso del tiempo por todos como la base del progreso civil y con las que los hombres han tropezado sin habérselo propuesto jamás; inclusive, muchas veces sin haberlas entendido ni haberlas recibido con agrado.

Son las que hicieron posible a los individuos su paso de la sociedad tribal a la sociedad abierta; del "status" como forma básica de organización

social al contrato; de una Gemeinschaft a una Gesellschaft en el sentido contemporáneo de esos términos.

En esta visión consuetudinaria resulta primordial y urgente distinguir cuidadosamente entre lo que es fundante y lo que es fundado o derivado. Coincide con los iusnaturalistas en lo de los derechos irrenunciables, pero por razones del éxito de las normas y los principios históricamente refrendados por la costumbre, no por una especulación apriorista sobre la naturaleza o el Estado. La fundamentación viene después, como la contemplación sigue a la práctica, a través del principio de analogía.

Rechaza la pretensión positivista de multiplicación ad libitum de derechos **que no obligan a nadie en particular** y que son por ello remitidos para su implementación a la ficción jurídica del Estado benefactor.

5. Conclusión.

Si hemos de reencontrar nuestro camino hacia una sociedad justa creo que hemos de regresar a un parámetro de la justicia externo (y por encima) a la voluntad de cualquier legislador; si hemos de vivir en una sociedad próspera y pacífica, debemos apoyarnos en las reglas generales e impersonales detectadas en las tradiciones que hicieron posible la emergencia de la moderna sociedad civil: aquellas normas de respeto a los verdaderos derechos que han sido reconocidos como fundamentales del hombre a partir de las revoluciones constitucionalistas de los siglos XVII y XVIII, y que en ningún momento fueron fruto del diseño "ab ovo" de ningún legislador.

Aunque todos esos derechos hayan sido violados una y otra vez, muy en especial en este nuestro siglo del abuso del poder en alas del progreso de la tecnología, ninguno lo ha sido más masivamente que el de la propiedad, y para ello los legisladores han encontrado en la ley positiva - como lo fulminara Federico Bastiat-, el instrumento idóneo para expoliar legalmente a los demás (19).

Los impuestos confiscatorios de la herencia, los progresivos sobre la renta, los monopolios que por ley vedan el acceso a un mercado, los controles de precios, los salarios mínimos, los privilegios a grupos o los subsidios a otros bajo un sistema de cuotas, las intervenciones indebidas, en fin, del Estado en los contratos entre particulares o los impuestos ocultos (el más injusto y devastador de todos, la inflación), etc. son ejemplos de lo formulado por Bastiat.

Así la justicia adjetivada "social" se ha convertido, en la atmósfera jurídica positivista que respiramos, en la fuente más fecunda de violaciones a la justicia a secas, y llevados de su mano la hemos hecho el condicionamiento principal de nuestra pobreza y de nuestra proclividad a hacernos cualquier "justicia" por nuestras manos (es decir, por las "medidas de hecho").

La subordinación imperante del Derecho Privado al Derecho Público, de la ley consuetudinaria a la ley positiva, de la justicia a secas a la justicia "social", del hombre de carne y hueso a la abstracción ideológica, han tejido la urdimbre de todos nuestros despotismos ("ilustrados" o no)

y de todos nuestros estancamientos colectivos, incluidas las descaradas violaciones a los derechos humanos más fundamentales del hombre, como en Auschwitz o el Gulag soviético.

Una filosofía de los derechos humanos que no empiece por distinguir con rigor intelectual entre aquellos irrenunciables y los renunciables, y que no tenga más guía que el del respaldo de las mayorías fortuitas de las alianzas de los grupos de presión, está condenada a multiplicar exponencialmente los "derechos" y con ello el dolor y las injusticias en el conjunto social, según el juego suma cero que enunciara Montaigne: "la ganancia de un hombre es la pérdida de otro".

Urge delimitar los derechos que obligan en conciencia a todos y distinguirlos de los pseudo-derechos que no obligan a nadie **en particular**. Sólo así podremos fijar con suficiente precisión el ámbito del poder público en pos del bien común y asegurar una esfera privada de acción a los individuos sin la cual se les rebaja al nivel de meras herramientas al servicio de los fines de otros. El idioma inglés, tan práctico como instrumento de los negocios, ya distingue acertadamente entre "rights" (derechos) y "entitlements" (pseudoderechos). Los primeros constituyen la esencia de la sociedad democrática, los segundos el regreso a la arbitrariedad demagógica, a la voluntad de privilegio de unos grupos a expensas de otros.

En el fondo, quizás, hemos olvidado una y otra vez que, al largo plazo, donde se imponen por la ley positiva los pseudoderechos acaban por fenecer los auténticos derechos del hombre. No menos acaeció en las postrimerías de la Atenas clásica; otro tanto en la Roma Imperial, donde la ley hubo de convertirse en "quod Caesari placuit", lo que plugo al César; igual en la Europa posterior a la Belle Époque, arrastrada por el vértigo de nacionalismos insensatos y de totalitarismos de izquierda y derecha (20).

Toda esa triste experiencia pudiera ser encapsulada para nuestro provecho en las pocas palabras de aquella observación aguda de Jorge Santayana: "quien no aprende de los errores del pasado, está condenado a repetirlos".

NOTAS AL PIE

- (1) El cambio de "inalienables" a "fundamentales" se ha hecho lugar común entre los tratadistas de estas cuestiones durante este siglo. También se les identifica con los individuales o personales para contraponerlos a los más recientes colectivos o sociales.
- (2) Como Amnesty International o America's Watch. Para esas fechas, rugía bajo gobiernos autoritarios la "guerra sucia" en la Argentina (1976-1983); a partir de 1979 los conflictos sangrientos en Centroamérica, y desde 1980 las depredaciones de Sendero Luminoso en Perú, en todos los casos con la correspondiente "contraingerencia".
- (3) Thomas Hobbes, El Leviatán, Londres, 1651, la Introducción; *ibidem*, Parte I, capítulos 14, 15 y 17.

- (4) De ahí la necesidad de que el gobierno siempre cuente con el consentimiento de los gobernados. Vea *Of Civil Government* (Dent, Londres, 1924, secciones 26-27 y 30-32).
- (5) La más famosa e influyente, la de Virginia, anterior a la Declaración de Independencia.
- (6) Charles de Secondat, *Bargón de Montesquieu, L'Esprit des Lois*, XI, 2 y XXVI, 20.
- (7) *Of Civil Government*, Secc. 54.
- (8) Vea Jeremías Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789.
- (9) Vea K. Berghohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig 1892.
También Hans Kelsen: *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925. En su "Von Wesen und Wort der Demokratie" (Tubinga, 1920), en su segunda edición (1929) afirma: "...la libertad imposible del individuo retrocede poco a poco para dar paso a la libertad de la colectividad que ocupa el primer puesto en el escenario".
- (10) Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro V; Santo Tomás de Aquino, *Prima Secundae*, 9V, 2; 90-96, *Passim*.
- (11) Como lo comentó el dirigente sindical John Burns, Beatrice Webb estaba determinada a "deindividualise us all" (Mac Kenzie, N. y S.: "The Diary of Beatrice Webb", Vol. IV, Belknap Press, Cambridge, Mass. 1985, Pág. 375).
- (12) "Para el fascismo, el Estado es absoluto, los individuos y los grupos relativos" (cuatro discursos sobre el Estado corporativo, *Laboremus*, Roma, 1935).
- (13) Los conceptos fueron desarrollados por Heinrich Pesch e incorporados a la encíclica por Oskar von Nell-Breuning, ambos jesuitas.
- (14) Vea Bruno Leoni: "Freedom and the Law", Nash, Los Angeles, 1922.
- (15) Por ejemplo, Marco Tulio Cicerón, *De Legibus*, III, 122: "Magistratum legem esse loquentem".
- (16) F.A. von Hayek, "Los Fundamentos de la Libertad", capítulo cuarto, No. 5.

- (17) *ibidem*, No. 8.
- (18) Richard Postner, "Economic Analysis of Law", 3rd. ed. Little Brown, Boston, 1987.
- (19) Federico Bastiat, "La Ley", Editorial CEES, 1965.
- (20) La América Latina ha ofrecido en todo esto sus peculiaridades: reformas agrarias, por ejemplo, a granel. En otro orden de cosas, la Constitución brasileña de 1988, en su Título II "Derechos y Deberes de los Brasileños", enumera 76 derechos y... ningún deber.

Este trabajo fue facilitado por el autor, para su eventual publicación, como parte de los insumos de la consultoría de capacitación sobre "Análisis económico del Derecho" (mayo 2005). Dicha actividad se realizó dentro del Programa de Formación Inicial para Jueces (PFI), con el apoyo de la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo (ASDI-PNUD).

8. La Lucha contra la corrupción, desde la perspectiva judicial

Eduardo de Urbano Castrillo

Doctor en Derecho.
Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo de España.

SUMARIO.

Introducción. 1. Concepto de "corrupción". 2. Manifestaciones de la corrupción: A) Generales (orden político y social), B) Delictivas: B.1 conductas delictivas, B.2 sujetos activos. 3. Medios para combatir la corrupción: A) Clásicos, B) Rearme ético del Juez.

Introducción.

No hace mucho, realicé un experimento muy simple y que ha dado muchos frutos: localizar, a través de la lectura de los periódicos españoles (nada, por tanto, de recurrir al fácil recurso de Internet), noticias sobre corrupción en el mundo.

Pues bien, estos son algunos de los resultados:

"El magistrado perezoso": destituido el titular del Juzgado Nacional de Ejecución Penal, en Argentina, que tenía 10.000 casos sin resolver porque "se le cansaba la mano". El juez corrupto, contrató a su hija y al novio de ésta, en su juzgado. Estudió la carrera de psicología en su despacho, pero no visitó nada más que una vez un centro penitenciario, a pesar de que estuvo en el cargo siete años. Al parecer ni se molestaba en tomar declaración a los detenidos, los cuales eran interrogados por los secretarios, en los sótanos, en tanto el magistrado se despreocupaba de éstos. (El País, 7-6-2005).

"Un juez que exculpó a ejecutivos de Parmalat viajó gratis con el grupo". Se trata de un juez de Parma (Italia), que consideró no culpables a ejecutivos de dicha empresa por un delito de fraude, y que aceptó viajes gratis por parte de una agencia de viajes propiedad de Parmalat. La noticia no aclara si los viajes los celebró antes o después de la decisión, pero poco importa (ABC 25-6-05).

"La Justicia investiga al ministro de finanzas francés", el cual ha debido soportar un registro judicial en su despacho, en relación a su gestión como administrador, años antes, de una empresa de productos farmacéuticos ("Caso Rhodia"). La noticia sigue diciendo, que uno de los dos denunciantes del caso, el financiero Edouard Stern, fue asesinado por su amante en circunstancias poco claras el pasado mes de Ginebra, en febrero de 2005 (El País, 29-6-05).

"Nuevas pruebas incriminan a líderes del partido de Lula da Silva". Según informaciones publicadas por una revista brasileña, el oficialista Partido de los Trabajadores, a través de su Presidente y Tesorero, fueron avalados en un préstamo de un millón de dólares para el partido, por un publicista, acusado junto a otros políticos del mencionado partido, de pagar "mensualidades" de 12.500 dólares a diputados de partidos de la oposición, a cambio de sus votos en el Congreso. El Presidente Lula, nada más al conocer las pruebas que acreditarían la denuncia, manifestó "seremos implacables, con adversarios y aliados que piensen que pueden seguir utilizando dinero público para hacerse ricos", y más contundentemente: "La corrupción es una de las desgracias de nuestro continente" (ABC 5-7-05).

"Dimiten ocho ministros del gobierno filipino y piden a la presidenta su renuncia". La presidenta de Filipinas se encuentra cada día más sola. Acosada por los casos de corrupción y por la sospecha de que habría amañado las elecciones del año pasado, una manifestación de miles de filipinos pedía su cese. En la información se sigue diciendo que además de existir fuentes que hablan de su presión al Tribunal Supremo para que decidiera a su favor en relación a la nueva legislación del "programa de cambios", se dispone de una cinta magnetofónica —ya difundida a la opinión pública— en la que, al parecer, la presidenta presiona a un comisario de las elecciones celebradas en mayo de 2004 para ganar por un millón de votos (ABC, 9-7-205).

Y hace unos días, la detención de la esposa e hijos del ex Presidente Pinochet de Chile, por evasión e impago de impuestos, aderezada por un viaje frustrado de huida a EE.UU de la hija mayor del Dictador.

Como se ve, no se salva ningún estamento público: gobernantes, legisladores y jueces, es decir, miembros de los tres poderes del Estado, se ven implicados en escándalos de corrupción.

Y es que podemos hablar de un fenómeno propio de la "globalización" porque afecta a todos los continentes, y como acabamos de apreciar, que salpica a los representantes de los distintos poderes del Estado democrático.

En todos estos casos se trata del mismo fenómeno: flujos económicos vinculados al poder público para obtener influencias o réditos políticos.

El tema es de una gran trascendencia porque está vinculado a la lucha por la "moralización de la vida pública", la cual es fundamental para una pedagogía social de confianza en las instituciones y en las personas que las encarnan.

Sin un ejercicio limpio del poder, o en su caso, sin una represión rápida y eficaz de estas conductas, la vida democrática se convierte en una cáscara vacía, porque detrás de las instituciones hay personas, tanto las que trabajan en ellas como los destinatarios de las mismas.

Y toda democracia requiere demócratas, que cumplan las leyes y que las hagan cumplir, porque *"Una democracia sin demócratas es ya una dictadura: la dictadura de la intriga y de la corrupción"* George BERNANOS .

Se trata, por tanto, de un asunto de gran trascendencia contra el que hay que luchar empleando un arsenal variado —legislativo, control social e institucional— y en cuya guerra, tiene un papel fundamental, el colectivo judicial.

Y como veremos, esa lucha requiere, no sólo de instrumentos legales sino también, y muy en primer lugar, del propio "rearme ético" de los jueces y magistrados que para combatir bien dicho fenómeno, deben ser personas de conducta intachable y personificar los valores democráticos y las virtudes judiciales.

1. Concepto de "Corrupción"

El diccionario de la RAE, entre otras acepciones, dice que "corrupción" es "vicio o abuso introducido en las cosas no materiales", con lo que ofrece un concepto no referido a los objetos, que como se sabe, se corrompen por el paso del tiempo, la humedad, etc.

Esa definición, desde luego muy alejada de un concepto sociopolítico, tiene dos ideas positivas, sin embargo:

a. Una, que contiene un elemento moral, o mejor, inmoral, la utilización o empleo, como medio integrante, de un vicio o abuso.

b. Y otra, que es posible que tales medios comisivos, recaigan sobre cosas inmateriales, como una gestión administrativa o política, por ejemplo.

Ahora bien, hay una nueva acepción, introducida recientemente, que la define como: "En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquéllas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores".

En la actualidad, se habla de una "corrupción social" o moral, con la que se alude a fenómenos de indeseado ejercicio de la libertad, en cuanto pueden suponer la perversión o corruptela de modos de comportamiento tenidos como aceptables y positivos, en una comunidad.

Así, una sociedad que practique el cinismo, la mentira o, más grave aún, que tolere abusos en el comercio, la publicidad envilecedora o que no tenga conciencia y acepte toda clase de prácticas contrarias a la igualdad, la justicia o el respeto a los más indefensos (infancia y jóvenes, por ejemplo), a los que se les suministre pornografía y drogas, trocando educación por beneficios económicos.

Sin embargo, la palabra "corrupción", modernamente, alude a la nueva acepción que se ha visto obligada a reconocer el DRAE, y con la que se designa una temática muy específica: la de los chanchullos y delitos cometidos en torno al poder, tanto por ajenos a éste como por titulares del mismo, siempre o casi siempre, en relación a ganancias económicas ilícitas.

Porque la corrupción hoy se ha convertido en un modo generalizado de "hacer negocios ilegales", con ventaja sobre terceros que compiten lícitamente o, decididamente, mediante la comisión de delitos relacionados con la estructura del poder.

La lengua inglesa es rica, en ofrecer todo un abanico de conductas relacionadas con la corrupción: y así a la corrupción a un miembro del

jurado, lo denomina "embracery"; la corrupción de funcionarios, "graft"; el soborno es una "bribery" y el dinero procedente de la corrupción es "hot money".¹

Hay pues, toda una lista de posibles corrupciones, a funcionarios y políticos, ligados al soborno y al cohecho, esto es, conductas delictivas que conectan una decisión de poder a un pago u oferta económica.

Pero corromper, corrupción, son términos que aluden a una conducta generalizada, pues aunque se diga que un determinado político es corrupto, de hecho se suele reservar estas denominaciones para colectivos personales o territoriales más amplios: la clase política, un partido determinado, un colectivo profesional o un territorio más o menos amplio, en el que se desarrollan estas prácticas.

Esta nota de generalidad, pues, es la que diferencia la corrupción de concretos actos delictivos de personas muy determinadas, aunque se refieran a hechos relacionados con el poder político.

Delimitado nuestro objeto, nos introducimos en su estudio más pormenorizado.

2. Manifestaciones de la corrupción

Ya hemos hecho mención al carácter amplio del término "corrupción", y por ello, no resulta inútil profundizar un poco más en sus amplias manifestaciones.

Que pueden ser de tipo general, atinentes al orden político y social, y, más específicamente, de tipo delictivo en relación a determinados sujetos, modos de comisión y clase de actividades realizadas.

A) Generales

Sin duda, es apropiado referirnos en este punto, a la filosofía de ARISTÓTELES, para el cual, la política no era otra cosa que "ética social".

Y si un sistema político se corrompe —según diciendo— es porque no se practican las virtudes cívicas.

Aristóteles, en efecto, es el primer filósofo que trata en profundidad las virtudes, y que reconoce su importancia, tanto para la persona individual como para la colectividad.

Y hasta tal extremo lleva sus ideas, que tras definir los tres modos de ejercicio clásico del poder (Monarquía, si gobierna uno; Aristocracia, si gobierna un grupo y Democracia, si el titular del poder es el pueblo), aporta su conocida doctrina de la degeneración del poder, la cual se produce por la corrupción de los políticos, que en vez de servir los intereses generales, gobiernan en beneficio propio o de algunos próximos, derivando, de ese modo, la Monarquía, en Tiranía, la Aristocracia en Oligarquía y la Democracia en Olocracia o Demagogia.

1. Spanish Law Dictionary, Peter Collin Publishing, 1999.

Y es que, en todo tiempo, ha habido una relación entre Moral y Derecho, que cuando no funciona adecuadamente —lo cual es difícil, en una relación de por sí, inestable— tiene graves consecuencias. Porque como se ha llegado a decir: cuando no se aceptan los principios morales, se está en peligro de destruir la civilización.²

Las relaciones entre el Derecho positivo y la Moral se realizan a través del Derecho Natural, el cual, simplemente establece los límites éticos y los objetivos de la ley, para que esta sea justa. En consecuencia, como ha dicho un famoso catedrático español, maestro de juristas, "No puede merecer nombre de Derecho, una regla que pretenda imponer una conducta injusta o inmoral"; y "La perfección de un ordenamiento positivo se muestra por el grado en que logra moralizar a la sociedad."³ O "Derecho es la ordenación de las relaciones sociales mediante un sistema de normas obligatorias fundadas en principios éticos", en definición de CASTÁN, catedrático de Derecho Civil que presidió el Tribunal Supremo español, nada menos que 22 años, de 1945 a 1967.

La Justicia, se convierte, entonces en "el puente de comunicación entre el Derecho y la Ética"⁴, y el comportamiento de los funcionarios públicos resulta determinante, para lo cual, como recordara el famoso "Informe Nolan", de 16 mayo 1995, es, no ya deseable, sino esencial "Un grado de austeridad, de respeto a las tradiciones y de una severa conducta de la vida pública".

Sin duda ha llegado el momento de precisar más y de preguntarnos ¿Pero en qué consiste, realmente la corrupción?. A esa pregunta podemos responder, indicando que los cuatro elementos que constituyen la corrupción son⁵:

- * La violación de normas,
- * El intercambio clandestino entre el marco político y el económico,
- * La finalidad de apropiarse de recursos de forma contraria a la ley,
- * La modificación de las relaciones de poder en los procesos decisoriales.

Y una sociedad desmoralizada, que produce políticos y ciudadanos que no tienen resortes cívicos fuertes para cumplir con sus deberes respectivos, es terreno abonado para estas prácticas, que el Consejo de Europa relaciona con "comisiones ocultas", influencias en las decisiones y, en general, violación de los deberes que corresponden a personas investidas de autoridad, a fin de obtener ventajas ilícitas para sí o para terceros.

2. VON HAYEK, Friederich en "Scientism and the Study of Society". Edición francesa, París, 1953.

3. DE CASTRO, Federico. En "Derecho civil de España", Madrid, 1955.

4. HERNÁNDEZ GIL, Antonio en "En torno al Derecho y a la Ética", Madrid, 1993.

5. CAZZOLA, F. en "La corruzione politica in Italia", en Rivista italiana di scienza politica n° 2, 1998.

En esas circunstancias, es fácil caer en las redes de la corrupción, tanto en la social como en la producida en la vida pública. Todo lo cual, genera un caldo de cultivo, un medio social, para que el atajo de las presiones y de las ofertas de ventajas de todo orden, incluidas en primerísimo lugar, las económicas, encuentran terreno abonado.

No estamos preconizando ningún moralismo rancio o caduco. Estamos, sencillamente, recordando ideas elementales, avaladas por la historia: la corrupción encuentra terreno ideal, en una sociedad débil, que no pone en liza auténticos valores, como la honestidad, la honradez, el trabajo diligente o la crítica pública bien informada.

Se trata de valores de indudable proyección pública, que sólo son posibles, desde el ejercicio personal de las propias virtudes morales e intelectuales.

De ahí, que la corrupción social y política general, debe ser combatida con los más potentes medios de prevención social: una educación adecuada al momento social y una vida familiar ejemplar, que transmita valores imperecederos, como el respeto, el orden, el amor, la veracidad, la honradez y, en general, los hábitos individuales básicos para una convivencia digna.

Y desde el punto de vista de la "ética pública", se hace necesario determinar los deberes de los servidores públicos, adoptar medidas preventivas para su cumplimiento y, en su caso, reaccionar ante las infracciones que se detecten.⁶

A tal respecto, la articulación normativa de la "ética pública" se ha convertido en "instrumento jurídico (de primer orden) para combatir la corrupción" (Primer Congreso Internacional de Ética Pública, celebrado en Washington en noviembre de 1994).

B) Delictivas

Pero si avanzamos un poco más y pasamos del terreno de las causas y de la descripción de los fenómenos generales de la corrupción, hacia el más concreto de sus manifestaciones delictivas, podemos hacer una radiografía objetiva-subjetiva, del siguiente tenor:

B.1 Conductas delictivas

Un rastreo de la Memoria de la Fiscalía Anticorrupción de España, durante el último semestre de 2004, pone de manifiesto los siguientes datos:

En ese periodo, en el que se contabilizaron 120 causas relacionadas con el ámbito competencial de dicha institución, se produjeron una serie mayoritaria de presuntos delitos cometidos por particulares.

Sin embargo, esta clase de asuntos fueron investigados por dicha Fiscalía especializada, en base a la entidad de los mismos, es decir volumen económico implicado y empresas o sectores económicos del

mayor nivel.

Igualmente, el tipo de conductas delictivas afectantes a los intereses públicos, también se tuvo muy en cuenta, para ese seguimiento especial.

Pues bien, destacan entre todos, los delitos fiscales, por fraudes a la Hacienda Pública, seguidos de fraudes en la obtención de subvenciones o de gestión de fondos comunitarios, unidos a las falsificaciones de documentos para realizar dichos delitos.

En cuanto a los fraudes en relación a los fondos comunitarios, conviene indicar que se trata de asuntos en los que el monto defraudado, para considerarse delito, debe ser, de al menos 50.000 euros, es decir más de 60.000 dólares. Y que se contabilizan entre ellos, fraudes en la percepción de subvenciones para el aceite, la minería o para la realización de cursos de formación.

En un lugar destacado, aunque con menor número de causas abiertas, se encuentran delitos de innegable conexión pública, en razón a sus autores (fundamentalmente políticos de Comunidades Autónomas y de Municipios), entre los cuales, los más numerosos fueron: malversaciones de caudales públicos, prevaricaciones y cohechos.

Detectándose, también, diversos delitos de contrabando, casi siempre de tabaco, actividad ilícita que necesita para su comisión, o mejor, para facilitar su comisión, la intervención de las autoridades nacionales de aduanas.

También podemos citar, otros delitos, que en menor proporción, han contribuido, sin embargo, a nutrir la lista de este tipo de ilícitos penales, vinculados al fenómeno de la corrupción. Nos referimos al cobro de comisiones para adjudicar las líneas de alta velocidad ferroviaria; la utilización ilegítima de fondos reservados, destinados a combatir el terrorismo, y que en parte se desviaron para enriquecimiento personal de las más altas autoridades dedicadas a su lucha; tráfico de influencias para autorizar inversiones extranjeras en España; delitos contra la ordenación del territorio, en los que alguna autoridad municipal o autonómica, está acusada, como responsable de la decisión administrativa que propició el desaguado urbanístico; o negociaciones prohibidas a funcionarios, de las que siguió la concesión de licencia para poner en actividad un centro comercial en una zona turística, etc...

B.2 Sujetos activos

La corrupción se produce a través de tres grandes núcleos:

- a) La Administración, en cuyo seno existen políticos y funcionarios corrompibles y que dan o reciben influencias, fondos y ventajas o favores.
- b) Las bandas organizadas, que conforman la "delincuencia organizada", que proyectan acciones determinadas a fin de lograr un plan previamente diseñado.
- c) Los grupos transnacionales, que integran la delincuencia

6. GONZALEZ PEREZ, Jesús en "La ética en la Administración Pública", Madrid, 1996.

extranjera, que escoge zonas del territorio, tipo de actividad, etc., para realizar sus prácticas ilegales.

Todos estos tipos de sujetos, son agentes o sujetos activos de estas conductas y "corrompen" las estructuras políticosociales.

Más en detalle, podemos hablar de particulares a los que en España se denomina "imputados excelentes", es decir, en no pocos casos, banqueros, políticos, y testaferros vinculados a sociedades, sin que falte algún juez ("Caso Estevill").

Igualmente, hay "personas del Este", así, la "mafia rusa" de la Costa del Sol, ligada al blanqueo de capitales, procedente del narcotráfico, la extorsión a empresarios de su país o los negocios de importación-exportación de vehículos de alta cilindrada, procedentes muchas veces de robos.

Otra especialidad, que dificulta igualmente, la lucha contra la corrupción económica, es la existencia de una "delincuencia organizada", a base de grupos o bandas, armadas y con muchos recursos económicos, de comunicación y contactos en el extranjero.

Todo ello, configura una problemática que exige respuestas judiciales específicas: medidas cautelares económicas fuertes; control exigente de la prisión provisional, instrumento para evitar la huida de los acusados y que deben ser puestos en libertad por la superación de los plazos legales máximos, sin celebración de juicio; necesidad de contar con peritos preparados para auxiliar a los tribunales, en el arte de deshacer los intrincados nudos de la operativa delictiva, en estos tipos de casos.

Elo ha llevado a la idea de contar con dos tipos de procesos, que aun manteniendo idénticos principios de funcionamiento, deben adaptarse a las dos velocidades que demanda la justicia actual:

* Una justicia rápida, para asuntos de menor entidad, en España, la Ley de juicios rápidos de 2002, ha reservado este procedimiento, para asuntos de conformidad, instrucción sencilla, delitos flagrantes o que se trate de hurtos, robos y apoderamiento ilegal de vehículos de motor ajenos, para aquellos que no superen los 5 años de prisión como pena máxima a imponer. Delitos que se preparan en el propio Juzgado de Guardia y se celebran en un plazo máximo de 15 días.

* Y una justicia ordinaria, para el resto de asuntos, más complejos y graves, que permite una mayor atención de los órganos judiciales competentes, e incluso la intervención de las Fiscalías especiales (en España contamos, además de la FAC, con la Fiscalía Antidroga y la Fiscalía contra los delitos de terrorismo), y las unidades especiales más dotadas.

De ese modo, se ha concebido la organización estratégica de la lucha contra la delincuencia, que también requiere un dimensionamiento de la respuesta a escala de la importancia del ataque delictivo producido, para lo cual, el sistema competencial judicial es igualmente clave: la Sala Penal del TS, se encarga del enjuiciamiento de los políticos de más nivel

de la Nación y la Audiencia Nacional de las grandes causas penales (narcotráfico, delincuencia económica, terrorismo...).

3. Medios para combatir la corrupción.

La última parte de esta exposición nos lleva, de modo obligado, a tratar en concreto, los medios que desde una perspectiva judicial, deben ponerse en liza, para combatir el fenómeno de la corrupción.

Y dicha tarea, podemos examinarla, desde un doble prisma: los instrumentos clásicos de lucha y lo que denominamos, el "rearme ético" de los jueces, como actores esenciales, de dicho combate.

A) Clásicos

Sin duda, entre los medios convencionales para esta lucha, debemos tener presentes, los siguientes:

* **Adaptación de la legislación procesal.** La lucha contra esta delincuencia de tan gran nivel destructivo, pues socava los cimientos sociopolíticos y morales de una nación, requiere plantearse especialidades en su tratamiento procesal, entre las cuales pueden proponerse una extensión de los plazos de las medidas cautelares personales; exigir fianzas económicas en metálico en vez de propiedades; penas elevadas y especial atención al tratamiento de las inhabilitaciones para ejercer cargos públicos, etc.

* **Admitir formas de investigación y preconstitución de pruebas.** Bajo el control de la Fiscalía, que ésta se responsabilice de ellas, y las ponga en manos del juez, cuando resulte conveniente.

* **Creación de unidades o equipos de investigación, especializados.** Al modo de "Eurojust", formar equipos de trabajo mixtos, con jueces, policías, fiscales y expertos de la administración.

* **Promover la formación y especialización de jueces y fiscales, en particular, en delincuencia organizada y económica.** Facilitar esta formación mediante sistemas internos y externos, incluidas visitas de trabajo al extranjero o mediante la presencia de expertos internacionales.

* **Regular la intervención de los confidentes.** Para ello, protegerles y darles algún incentivo, lo que incluye cambios de identidad, facilitarles trabajo o abonarles una ayuda económica, durante un tiempo, hasta que se adapten a un nuevo lugar de residencia, si fuere necesario.

* **Reducción de penas a los colaboradores-arrepentidos.** Subordinando estos beneficios, a la previa comprobación de la eficacia de su colaboración policial-judicial.

* **Creación de un Registro Informático en el que se incluyan bienes, propiedades, valores, etc., de una determinada relevancia económica, confiscado a los acusados.** Y ello, tanto para su control como para su posible utilización por el Estado, vía incautación definitiva, cuando exista sentencia firme condenatoria.

* **Fomentar la realización de seminarios de formación interdisciplinarios.** Dada la complejidad de estos fenómenos delictivos, procurar reuniones entre representantes de la administración, políticos, agentes policiales, miembros de la judicatura y fiscalía y expertos.

B) Rearme ético del Juez

Pero sin duda, esta batalla no será completa y no llevará a obtener el éxito, sino reparamos en la importancia del "factor humano", medida de todas las cosas.

Se trata, en particular, de involucrar a los jueces en una tarea en la que ellos son los que toman medidas y decisiones de grandísima importancia: desde la interpretación de las normas aplicables, a la adopción de cautelas penales que pueden inmovilizar personas y bienes y, finalmente, la emisión de sentencias y su ejecución.

Pues bien, esta labor exige un compromiso ético de los jueces, que conscientes de la trascendencia democrática y moral de su función, estén a la altura de las circunstancias.

Ello supone, hacer bien su trabajo y, para ello, ejercer una serie de cualidades y virtudes, indispensables para ese buen fin.

De modo muy resumido, dado que este es el tema del curso que nos ha traído a la Escuela Judicial Centroamericana y del Caribe, y en el cual hemos dedicado varias jornadas a dicha problemática, podemos señalar, las siguientes normas de conducta⁷:

1ª) **Independencia.** Cada juez debe esforzarse, por todos los medios, en mantener su independencia judicial, la cual abarca tanto el plano profesional como el personal. Ello implica abstenerse de comprometer la imagen personal, con personas, partidos, empresas, etc., que pudieran condicionar la necesaria libertad decisoria.

2ª) **Probidad.** Es preciso decidirse a llevar una vida íntegra, esto es, moralmente intachable, que no dé lugar a críticas ni a comentarios por una supuesta vida licenciosa, en el ámbito privado y de las relaciones de ocio, en particular. Esto afecta, no tanto a que haya actividades prohibidas para los jueces, como a su debida moderación en el ejercicio (piénsese en el juego, la bebida u otros ocios).

3ª) **Imparcialidad.** Hay que ser y parecer imparcial, lo cual obliga a extremar la guardia respecto a asuntos determinados en que se pueda tomar decisiones jurisdiccionales, respecto a los cuales exista o haya existido una vinculación relevante entre el Juez y las personas o la materia implicada en el caso. La abstención se hará necesaria en los casos que lo requieran, según la conciencia del juez.

4ª) **Rigor en la decisión.** Que obliga a decidir, después de ponderar todas las circunstancias del caso, aplicando las normas y jurisprudencia correspondiente, tras una labor seria, de estudio y concienzudo examen de todas las variables y consecuencias ínsitas en el caso.

5ª) **Respecto a los intervinientes procesales.** Debe mostrarse la consideración y respeto debidos a las personas que participan en un proceso y se relacionan con los jueces y magistrados. La cortesía y la buena educación es la base de esta exigencia, pero puede llevarse más allá, ilustrando, facilitando información y auxilio concreto, en lo que pueda necesitar el interesado.

6ª) **Observancia del principio de igualdad de partes.** El proceso moderno, debe aspirar a ser un "juicio justo", lo cual supone, como característica esencial, procurar la debida contradicción interpartes evitando cualquier asomo de desnivel en la balanza de la justicia, a favor de los intereses de una de las partes.

7ª) **Reserva en las informaciones cara al exterior.** El principio de publicidad procesal rige, fundamentalmente, respecto al derecho de las partes a conocer y participar en el proceso y su desarrollo. Y si bien ello es compatible con el derecho de los medios de comunicación a ser informados de los asuntos judiciales, ello debe hacerse con prudencia, cuidando de no perjudicar el resultado del proceso, ni la dignidad y buena fama de los partícipes, especialmente cuando se trate de menores.

8ª) **Competencia profesional.** Es una obligación ética de la máxima importancia, la preocupación de todo juez por mantener un alto nivel de competencia y actualización profesionales. La formación permanente es una necesidad y ello comporta, una actitud abierta para aprender, reflexionar y tomar parte activa en foros, seminarios o cursos en que se traten temas útiles para un mejor ejercicio profesional.

Y 9ª) **Prioridad al trabajo jurisdiccional.** La Justicia, los destinatarios de la acción jurisdiccional, reclaman una justicia rápida, de calidad y, en la medida de lo posible, acertada. Esto supone plantearse que la tarea de todo juez es un servicio público a prestar a la ciudadanía, y que ello es prioritario respecto a otras actividades lícitas y compatibles –docencia, escribir libros, etc.– que deben realizarse en la medida que no obstaculicen la tarea principal propia de jueces y magistrados.

Y nada más, hemos querido aproximarnos al fenómeno de la corrupción, señalando los aspectos que nos parecen más interesantes, y ofreciendo, para su reflexión crítica y eventual aplicación, medidas para combatirla, subrayando que los instrumentos generales y tradicionales aun no siendo desdeñables, deben acompañarse de un compromiso ético de los jueces, a fin de que éstos, mostrándose independientes, íntegros y bien preparados, den la batalla definitiva, dada la relevante función ejemplificadora que cumplen de cara a la sociedad y la capacidad de toma de decisiones que tienen en esta importante materia.

⁷ Este trabajo corresponde a la conferencia del autor realizada como parte de la consultoría de capacitación sobre "Ética Judicial" (enero 2006). Dicha actividad se realizó dentro del Programa de Capacitación Continua (PCC) de la Escuela de Capacitación Judicial "Dr. Arturo Zeledón Castrillo", con el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI).