

Año IV - Vol. 2
Julio - Diciembre 2008



Ventana

J u r í d i c a

No. 8

Año IV - Vol. 2
Julio - Diciembre 2008

"Proyecto de Reducción y Control de la Impunidad en los Delitos
Violentos Contra los Hombres y Mujeres. Fase III (AECID-UTE-CNJ)".

aecid

Agencia Española
de Cooperación
Internacional
desarrollo



Proyecto de Reducción y Control de la Impunidad en los Delitos
Violentos Contra los Hombres y Mujeres. Fase III (AECID-UTE-CNJ)".

ISSN 2070-3120

VENTANA JURÍDICA



"Proyecto de Reducción y Control de la Impunidad en los Delitos
Violentos Contra los Hombres y Mujeres. Fase III (AECID-UTE-CNJ)".

PUBLICACIÓN DEL
CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA



601498

VENTANA JURÍDICA

"PROYECTO DE REDUCCIÓN Y CONTROL DE LA IMPUNIDAD
EN LOS DELITOS VIOLENTOS CONTRA LOS HOMBRES Y
MUJERES. FASE III (AECID-UTE-CNJ)".



6 0 1 4 9 8

No. 8

REPÚBLICA DE EL SALVADOR

Año IV - Vol. 2

Julio - Diciembre 2008

PLENO DEL CONSEJO

Presidencia

Lic. David Gonzalo Cabezas Flores

Consejales Propietarios

Dr. Jorge Efraín Campos
 Lic. José Ricardo Chigüila Durán
 Licda. Margarita Romagoza de López Bertrand
 Lic. Santos Cecilio Treminio Salmerón
 Licda. Nora Victorina Montoya Martínez
 Lic. Carlos Arnulfo Cándido

Agencia Española de Cooperación Internacional
 Proyecto de Reducción y Control de la Impunidad Fase III (AECID-UTE-CNJ)

Juan Ignacio Pita, Coordinador de la Oficina Técnica de Cooperación
 Embajada de España en El Salvador.
 Dr. Roberto Rodríguez Meléndez, Director del Programa de Justicia.

Unidad de Producción Bibliográfica y Documental, ECJ - CNJ

Los artículos publicados son de la exclusiva responsabilidad de sus autores

Consejo Nacional de la Judicatura
 Final Calle Los Abetos N°. 8 Colonia San Francisco, San Salvador
 Tels. 2245-2449, 2245-2450 y 2245-2451.

1.	Crimen y castigo De la pena privativa de libertad a las alternativas de la pena. <i>Carlos Ernesto Sánchez Escobar</i>	1
2.	Reflexiones sobre la reforma penal en El Salvador. <i>Carlos Ernesto Sánchez Escobar.</i>	37
3.	Doctrina ¿Deben declarar los menores victimizados en el acto del juicio oral ?. <i>Javier Hernández García-Magistrado</i> <i>Manuel Miranda Estrampes-Fiscal.</i> Profesor de la Escuela Judicial	77
4.	La función económica del cheque. <i>Margarita de los Ángeles Fuentes Bermúdez</i>	95
5.	La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación . <i>Manuel Miranda Estrampes</i>	147
6.	La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal. <i>Adán Nieto Martín</i> Prof. Titular de derecho penal Instituto de derecho penal europeo e internacional Universidad de Castilla la Mancha.	179
7.	Prueba científica y decisión judicial (unas anotaciones propedéuticas) <i>Juan Igartua Salaverria</i> Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad del País Vasco.	219
8.	¿Pueden las malas personas ser buenos jueces? <i>Jorge F. Malem Seña</i> <i>Universitat Pompeu Fabra, Barcelona</i>	235

PRESENTACIÓN

Un foro jurídico de características muy propias, donde impere la seria reflexión de ciertas áreas temáticas y la aguda profundidad en tópicos de urgente discusión nacional, es el escenario académico que el Consejo Nacional de la Judicatura –mediante su Escuela de Capacitación Judicial– pretende generar con uno de sus proyectos editoriales, ...aludimos a la –nuestra y principalmente de ustedes– revista *Ventana Jurídica*, que ahora llega a su número ocho.

Cinco campos teóricos son los explorados en esta octava edición de la revista institucional: Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Mercantil, la política legislativa penal y el buen ejercicio de la función judicial. Desde el terreno del Derecho Penal y con el título *Crimen y castigo*, el destacado Profesor Carlos Ernesto Sánchez Escobar –Capacitador de nuestra Escuela y Juez del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador– propone un paseo teórico por una de las más concurridas plazas del *lus Puniendi* en nuestros días...*la pena privativa de libertad*, para transitar desde allí, a las interesantes llanuras de *las alternativas de la pena*. Con especial pericia también, el distinguido Profesor español Adán Nieto Martín, tiende un puente para entrar al nebuloso tema de *la responsabilidad penal de las personas jurídicas* para luego mostrar el camino a *un modelo de ese tipo de responsabilidad*.

El más florido de los territorios temáticos, en esta oportunidad editorial, está constituido por el Derecho Procesal Penal, en el que tres prestigiosos profesores españoles han decantado sus esfuerzos teóricos en torno al vasto tema de la prueba de naturaleza penal. El primero de los tres aportes doctrinarios –*¿Deben declarar los menores victimizados en el acto del juicio oral?*– recorre un delicado problema que todavía no se resuelve con suficiente equilibrio en la administración de justicia salvadoreña, es pues, un artículo que podría permitir a nuestra población lectora, conocer las aleccionadoras experiencias que proponen dos de nuestros apreciados consultores y amigos, nos referimos a Don Javier Hernández García, Magistrado, y Don Manuel Miranda Estrampes, Fiscal; éste último, seguramente sensibilizado por su condición de Profesor Judicial, ha querido dejar en el fondo de nuestra octava *Ventana Jurídica*, sus abundantes surcos gráficos, en los que nos expone sobre el crecimiento histórico, doctrinario y normativo que a este momento ha logrado el tema de *La regla de exclusión de la prueba ilícita*.

Siempre en los horizontes del Derecho Probatorio, el connotado Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad del País Vasco –y también consultor de nuestra Escuela de Capacitación Judicial– Doctor Juan Igartua Salaverría, nos regala el artículo sobre *Prueba científica y decisión judicial*, con el que logra desmitificar –entre otros males– la absoluta confianza y la condición de todopoderosa que, por largos años, en el ambiente judicial salvadoreño se le atribuye a los diferentes géneros de prueba pericial.

Como un prodigioso aporte a la discusión del Derecho Mercantil en el ambiente judicial, promovida desde nuestra dinámica institucional, se publica también *La función económica del cheque*, artículo en el que la señora Jueza de

Competencia Mixta en Tonacatepeque –y Capacitadora de nuestro paraninfo judicial– logra dibujar y pintar, todo un paisaje teórico sobre tan importante título valor, cuya naturaleza y funcionalidad, ha distorsionado profusamente la usanza comercial y civil, aproximándose a los linderos del Derecho Penal, principalmente cuando el título es utilizado como instrumento de garantía y no como medio de pago, función que siempre debería cumplir.

Finalmente, debe resaltarse el camino temático que, por los valles del pensamiento jurídico penal, nos invita a recorrer el Juez Sánchez Escobar, para visitar cada una de sus *Reflexiones sobre la reforma penal en El Salvador*. Muy digno de referir es también, el soto laberinto que –con agudeza filosófica– nos presenta el Doctor Jorge Francisco Malem Seña, al cuestionar los ya enraizados prejuicios y esquemas vigentes en nuestro medio, con su artículo-pregunta: *¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?*

Este esfuerzo de producción académica resulta sostenible por los meritorios aportes escritos, tanto de personalidades internacionales, como de autoridades teóricas locales que –honrándonos con sus distinguidas jornadas presenciales, en la singular dinámica del servicio de capacitación– nos dispensan el alto privilegio de publicar sus valiosas elaboraciones doctrinarias. Así es como se diversifica y agiganta el potencial de atención y servicio a nuestra más amplia población destinataria... titulares y suplentes de: magistraturas y judicaturas; personal técnico de: colaboración judicial, procuración y defensoría pública; fiscales, abogadas y abogados en ejercicio libre, así como todos los demás rubros profesionales del sector de justicia, a quienes consagramos todos los recursos disponibles y el más acabado empeño institucional que debe ir caracterizando en forma progresiva a todas las entidades públicas.

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

1. CRIMEN Y CASTIGO

De la pena privativa de libertad a las alternativas de la pena.

*Carlos Ernesto Sánchez Escobar

Sumario.

Introducción. I. Pena y castigo, De los mitos empíricos a las realidades normativas. 1. La pena de prisión como propuesta de reducir el crimen. 2. Conocimiento y disuasión. 3. Aspectos económicos de la pena. 4. Prevención cognitiva. II. La inocuización del delincuente como meta de la reforma penal. 5. La pena de prisión como instrumento de incapacitación. III. El resurgimiento de la prevención. El derecho penal de la post-modernidad. 6. Los fundamentos de la prevención general positiva. 7. Función limitadora y fundamentadora de la prevención general positiva. IV. El mantenimiento de la prevención especial. 8. Esplendor y crisis de la resocialización. 9. Crítica y vigencia de la finalidad resocializadora. V. Reduccionismo de la pena como opción. 10. Visión mínima de la pena. 11. Fundamentos políticos de la sanción penal. 12. Principialismo punitivo y penas alternas. 13. Política penal y reduccionismo. VI. El modelo de penas alternativas. 14. Un sistema penal alternativo. 15. La predeterminación de las penas alternativas. 16. La razonabilidad de la pena en el modelo alternativo. 17. Configuración de penas alternativas. 18. El incumplimiento de las penas alternativas. A manera de conclusión. Bibliografía.

Introducción. La presente elaboración se corresponde con el trabajo final del seminario de Derecho penitenciario en la Maestría de Administración de Justicia Penal de la Universidad Nacional de Costa Rica que ha sido magistralmente impartido por la Msc. Patricia Vargas González. El tema elegido ha sido el de la pena de prisión y las penas alternativas, pero desde una dimensión de política penal. Se examinan las cuestiones de la eficacia preventiva de la pena privativa de libertad respecto de las funciones que de ella se pretenden, prevención general y especial desde unos enfoques renovados por la visión de la post-modernidad. A la lectura de los fundamentos de la pena, se trata de agregar una reflexión crítica de la misma y la opción de reducir dicho mecanismo de coerción por un sistema alternativo de penas que sea más coherente con un derecho penal

* Licenciado en Derecho por la Universidad de El Salvador. Especialista en Administración de Justicia Penal por la Universidad Nacional de Costa Rica.

democrático.

I. PENA Y CASTIGO. De los mitos empíricos a las realidades normativas.

1. La pena de prisión como propuesta de reducir el crimen. Una de las cuestiones más discutidas es la supuesta capacidad del derecho penal para prevenir los hechos punibles (Silva Sánchez Política 2000 p 33; Hassemer 1998 p 59) así como la de comprobar empíricamente que cualquier disminución del crimen obedece a la existencia –y a la mayor severidad– de las penas (Carranza 1994 pp. 79 a 80) en lugar de que ello se corresponde a factores sociales, culturales, educativos, de exclusión, económicos etcétera (Rico 1999 p 47 a 48; Wacquant 2000 p 125).

La defensa de la prisión, se ha fundamentado especialmente desde la década de los años sesenta –según se informa– en la sugestiva ideología de que es un mal (Roxin 1997 p 98) aspecto que es aceptado por la doctrina de *communis opinio*, y que además se estima como un mal hasta necesario (Beloff 1993 p 57; Zafaroni 2005 p 33; Cruz Castro 2004 pp. 8 a 12; Jakobs 1997 p 9;). Como derivado de ello, un aspecto que es importante analizar desde una perspectiva si se quiere criminológica y penitenciaria, es la necesidad de la pena de prisión, y sus alcances. Precisamente en el trabajo desarrollado en la postrimerías del siglo pasado von Hirsch-Bottoms-Burney-Wikstrom (Laurrari 2000 p 41, von Hirsch 1999 ps 6/7) se refieren a la actualidad de la pena desde la finalidad de la prevención general, e informan que desde la clásica visión de Beyleveld a la prevención general se le estima, como una teoría sustancialmente subjetiva, por dos razones básicas: la primera por que la ponderación de la relación coste-beneficio es básicamente subjetiva; en segundo lugar por que la prevención debe ser percibida, no en lo que es, sino en la percepción que la persona cree que es¹.

Si la subjetividad que se reconoce de la prevención general es ya una dificultad, la utilización de dicho mecanismo para ser un desincentivo de los intentos de comportamiento delictivos, mediante la severidad de la pena, pueden generar las siguientes consecuencias no queridas: a) incrementar la delincuencia cuando el castigo no sea percibido como legítimo; b) considerar como normal el estigma del castigo, si gran parte de la población ha sido en algún momento arrestada; c) percibir su inaplicación y asumir que no se producirá ninguna consecuencia (Laurrari 2000 p 41, von Hirsch-Bottoms-Burney-Wikstrom. 1999 p 8).

1. En tal sentido se ha dicho desde un plano de percepción subjetiva de la prevención que el infractor debe haberse dado cuenta de que ha existido un cambio en la severidad de la pena, debe tener en cuenta el riesgo no inmediato y debe estar persuadido de que puede ser detenido, debe de creer que será condenado y en tal sentido debe estar en disposición de alterar sus opciones.

Para examinar estas cuestiones propias de la eficacia de la prevención general, los estudios seguidos (Laurrari 2000 p 42, von Hirsch-Bottoms-Burney-Wikstrom 1999 pp. 11/15) se concentraron en la pena que tiene simbólicamente la mayor intensidad de intimidación –en la década de los cincuenta a sesenta– siendo ésta la pena de muerte, de los cuales se concluyó: 1) que entre los Estados que tenía pena de muerte y aquellos que no la tenían, la tasa de homicidios era comparable; 2) que en los Estados en los cuales la pena se había abolido no había concurrido incrementos sustanciales en la tasa de homicidios².

En tal sentido el estudio sobre los efectos preventivos de la pena de prisión, concluyó que ante el déficit de las investigaciones, al no tener en cuenta el llamado efecto simultáneo, tal limitación no podía sustentar conclusiones suficientes en el sentido que, la prevención fuera un efecto desestimulante sobre el crimen y desde la magnitud de dichos alcances (García Valdéz 1986 p 189). Lo anterior significa que el efecto simultáneo puede producir que una elevación de la pena produzca menos condenas (Wacquant 2000 pp 39 a 40)³.

Para los años noventa también se informa estuvo marcada por investigaciones importantes quizá la mas paradigmática fue la de Ross la cual estuvo referida no a *felony* sino a crímenes menores –*misdeamenor* como conducción de vehículos bajo ingesta de alcohol– el cual arrojó la conclusión que para los destinatarios era más disuasorio el hecho de ser arrestado que la severidad de la sanción (Laurrari 2000 p 42 Cohen 1997 p 23)⁴. Otros estudios de Nagain determinan que aunque se ha avanzado en los conocimientos de los efectos perseguidos por la prevención general, no es posible que una opción de política penal se afirma exclusivamente sobre la eficacia de la pena (Laurrari 2000 p 42 Hirsch-Bottoms-Burney-Wikstrom p 17 a 23) por cuanto todavía concurren limitaciones importantes que impiden un conocimiento más acabado de los efectos preventivos, sobre todo la eficacia del tiempo, impacto de la cognición profunda, la no

2. Un estudio más reciente entre la década de los setenta y ochenta auspiciado por la Academia Nacional de Ciencias –National Academy of Sciences– que sobre el tema “On Research on Deterrent and incapacitative Effects” señaló al menos cuatro dificultades para alcanzar conclusiones inequívocas respecto de los efectos preventivos de la pena: a) la existencia de factores ajenos al castigo que influyen en la tasa de crímenes; b) la dificultad de medir los datos de la delincuencia con exactitud; c) la confusión que media entre los efectos de prevención general e incapacitación; d) la concurrencia del llamado efecto simultáneo, que implica que del mismo modo que se estima que mas castigo conduce a menos delitos, a *contrario sensu* puede ocurrir que un aumento en la severidad de las penas produzca menos condenas.

3. En tal sentido por que los jueces son concientes del problema de la masificación de las cárceles y eviten su aplicación o por que tienen una mayor cautela ante la posibilidad de imponer penas severísimas; en tal sentido la mayor severidad no tendría efecto disuasorio en el número de delitos reales cometidos o en los evitados.

4. Sobre ello Ross –citado por Cohen– dice: “como alguien que cree que el mundo es un sitio fundamentalmente trágico, me apena ver a personas humanitarias añadiendo más dolor y sufrimiento al ya experimentado por la humanidad con la pretensión justificable pero cuestionable de conseguir efectos preventivos”.

eficacia de la norma pena en su aplicación, desconocimiento de otras causas exógenas y endógenas⁵.

Ante la situación no concluyente de parte de estudios empíricos que desde la disciplina investigativa, permitan determinar con algún grado de certidumbre, que las sanciones y el incremento punitivo de las mismas puedan incidir en la reducción de los crímenes cometidos, sin que tampoco satisfactoriamente se pueda negar su eficacia en abstención del crimen o una tasa notable de su reducción, es plausible considerar los resultados obtenidos mediante el estudio de otras disciplinas estrechamente ligadas al estudio del delito.

2. Conocimiento y disuasión. Un primer aspecto a tener en cuenta es que para que el derecho penal realice efectivamente su fin preventivo, el mismo debe ser planamente conocido (Quintero Olivares 1999 p. 309 a 310; Gómez-Benítez 2001 p 99; Welzel 2002 pp 33 a 34). Indudablemente los crímenes que coinciden con normas profundamente morales-ético-sociales, enseñadas por todas las formas de control social formal e informal, se estiman naturalmente conocidas por la gran generalidad –*delicta mala in se*–. No obstante, los delitos más utilizados para justificar al derecho penal, son precisamente los que menos amenaza de pena habrían de requerir, al encontrarse usualmente no sólo prohibidos sino que introyectados por las distintas formas de conciencia religiosa, moral, educativa y social. En tal sentido podría decirse que en el aspecto prohibitivo –a fuerza de sinceridad– la pena aporta poco.

Ahora bien, respecto de los delitos que usualmente no se encuentran respaldados de manera tan consistente por otro tipo de subsistemas normativos, ya sea por que son emergentes, o por que importan una infracción a normas técnicas (Silva Sánchez 2006 p 11) si es posible sostener, que un factor explicativo de su no ejecución importe una mayor incidencia⁶. También debe indicarse, en cuanto al conocimiento de la ley,

5. Para ser mas puntual se detallan los siguientes: (1) los efectos de la intimidación general se diluyen con el paso del tiempo; (2) no hay un conocimiento mas concreto de la relación existente entre aumento de la severidad de la sanción y la percepción subjetiva de los destinatarios abstractos y concretos; (3) las investigaciones que se han realizado no pueden ser asumidas con generalidad; (4) las normas no son aplicadas como lo habia previsto el legislador –*ratio legislatoris*– y no hay estudios concretos sobre la aplicación de las mismas y su impacto; (5) concurren confusiones entre la correlación del crimen y su causación; (6) hay dificultades de diferenciamiento de las diversas variables del sistema penal; (7) errores en las estadísticas oficiales del crimen; (8) desconocimiento de tipo de delincuente y que para que delitos puede instrumentalizarse la pena de manea más efectiva; (9) la concurrencia del llamado efecto simultáneo; (10) las dificultades de diferenciar entre efectos de corto y largo plazo; (11) desconocimiento completo de la subjetividad del ser humano para saber si concocen y alteran en base a ello su conducta.

6. Sin embargo tal área de delitos, se reduce a un determinado numero de posibles infractores, y en todo caso –salvo otra línea de pensamiento– son las clases de delitos que se propugna para los procesos de descriminalización del Estado a efectos que sean intervenidos por la vía del derecho administrativo sancionador.

que el conocer la misma, no implica el determinar dicho acto, como un acto marcadamente delictivo. Por ejemplo en muchos las personas –tanto las víctimas individuales como las sociales– pueden conocer en un plano una ley, y ante un comportamiento determinado, adecuado a la ley, no perciben el mismo como un delito, lo cual a *fortiori* también puede acontecer con el resto de los destinatarios, en tal sentido el delito, solo se percibe como un accidente, una tragedia, una falta, un comportamiento aceptado⁷.

Así respecto de la masa de hechos que permanecen de manera silente en el tejido social, la capacidad preventiva del derecho penal, se ve sino anulada, por lo menos sensiblemente disminuida; en tal sentido, ciertas personas podrían tener algún conocimiento de las leyes, pero entender que su acto concreto no es criminal por que no queda comprendido en la prohibición o por que el comportamiento se encuentra justificado (Paeffgen pp 1999, 213 a 216) con lo cual en tales casos el efecto preventivo del delito y de la pena se encuentra neutralizado⁸. Otro aspecto, es el de la eficacia que tiene el conocimiento y existencia del derecho penal, en aquellas infracciones penales que no presentan coincidencia con las normas y pautas sociales, en tal caso, la ni la existencia de la norma, ni su conocimiento genera un aspecto preventivo en el sentido de intimidación⁹.

3. Aspectos económicos de la pena. Otro aspecto importante es la dimensión del castigo, es decir, la imagen preventiva de la sanción, se vincula a la idea ponderativa del ser humano, básicamente a una visión utilitarista sobre el juicio del llamado *homo economicus* (Silva Sánchez 2000 pp 42 45) El juicio de balance entre castigo y concupiscencia no es nuevo, y debe afirmarse su incidencia, pero no en un sentido completo y general para el orden social. El castigo podrá prevenir algunas clases de delitos en la clase media, en base a la ponderación de costo-beneficio (Montero Soler-Torres López 1998 p 24) pero ciertamente ello tampoco es decisivo, por cuanto no es la clase media, la franja poblacional que es

7. En tal sentido si la conducta más se aleja de la apariencia de un crimen, o de un estereotipo de delincuente permite una mayor posibilidad de que no sea llevado a los sub-sistemas del control punitivo y que ingrese la cifra negra o la dorada.

8. Una cuestión importante a ser contestada es por que una ley severa no genera los efectos preventivos que de ella se esperan, ciertamente las leyes severas no son aplicadas en toda su dimensión por los subsistemas penales, y en tal sentido hay un sentido neutralizante ante las desproporciones materiales normativas.

9. Son diferentes los ejemplos que pueden darse, dos bastarán, algunos delitos como los de conducción temeraria, los delitos de piratería contra la propiedad intelectual o aquellos que involucran conductas de protesta pública parecen que no tienen correspondencia con la adhesión social a dichas conductas como necesidades de prohibición, de igual manera podría sostenerse de aquellas conductas que criminalizan las pequeñas tenencia o el consumo de drogas, en tales casos determinadas sub-culturas, o cambios valorativos de los patrones culturales, pueden incidir en la introyección de las conductas como prohibidas en el sentido de delito.

la primacía del derecho penal (Wacquant 2000 p 27) ello en virtud de que la clase media por su estabilidad en el orden social y político del poder no es sujeto predominantemente criminal respecto de ciertos delitos –es decir delinquen más en otras esferas, y no en las tradicionales– o desde una perspectiva mas propia del poder, no delinque por la doctrina del *state in conformity* es decir una recompensa a la obediencia (Laurrari 2000 p 44, Vold Bernard 1986 p 234). Paradójicamente, la norma penal estaría destinada a no prevenir a quien no obtiene las suficientes recompensas en la distribución económica y social (Hassmer 1984 p 384); tampoco lo haría respecto de aquel que es habitual en sus comportamientos, y que no recibe respuesta del sistema y cuando la recibe, percibe tal respuesta como un coste asumido en su rol social¹⁰.

Pero además, debe considerarse que en sus diferentes formas el control social normativo formalizado resulta limitado, con “técnicas de neutralización”, las cuales suministran determinadas justificaciones para cometer determinadas conductas delictivas a pesar de que se sepa no sólo de su prohibición sino de que tal actuar constituye un delito (Laurrari 2000 p 44, Matza 1964 p 69)¹¹. Sobre tal aspecto se informa (Laurrari 2000 p 44, Schuman 1987 p 69) en relación a la capacidad de la pena para impedir ataques racistas de neo-nazis a inmigrantes determinó que lo que incide en reprimir conductas de esta naturaleza xenofóbica es la modificación de la valoración moral de su conducta, la afectación de sus relaciones sociales –*peer group*– y el riesgo de ser capturados, así como exhibidos públicamente. En tal sentido el mito de la prevención asume asimismo la imagen de un autor reflexivo que, no se corresponde con la realidad (Laurrari 2000 p 45 Sheley 1983 ps 512/515)¹².

4. Prevención cognitiva. También es importante no olvidar en relación al castigo, que ya desde Beccaria se ha aceptado, que los fines

10. Ciertamente este problema es sumamente complejo respecto de la efectividad del sistema penal, para quienes masifican el delito como forma de vida o de subsistencia, y aprende a vivir en la urbe carcelaria e incluso a ejercer poder el microcosmo carcelario, tampoco a aquellos para quienes la cárcel no representa un estigma respecto de su grupo social, y respecto de aquellos para quienes en razón de su subcultura el encarcelamiento es una forma de mérito; tampoco para aquellos que necesitan a la cárcel para vivir, por que en el entorno social es más difícil sobrevivir, por lo menos durante un período que es a veces asumido como unas vacaciones.

11. Por ejemplo en las delincuencia de cuello blanco, fraudes de comerciantes, evasión de impuestos, fraudes de subvenciones, defraudación a los consumidores, contaminación, violencia de genero, violencia racial, abuso de poder, pequeñas y grandes *quaestio repetundarum* colusiones, pequeños hurtos y daños, etcétera.

12. En verdad que usualmente se entiende que la sanción penal es el factor decisivo para el actuar u omitir humano, no se repara en que en la realización o no de una conducta incidente diferentes factores, el castigo sólo es uno de ellos, pero también concurren –para solo mencionar algunos– otros factores, el interés de cometer delitos –cual es el factor que impulsa a la comisión de hechos criminales– la destreza para cometer los delitos, la oportunidad para cometerlos –mas vigilancia, menos vigilancia, necesidad, sensualidad– son diversas circunstancias las que pueden confluir o no estar presentes para que se cometa un delito.

preventivos no tienen que corresponderse con la severidad de las penas. De ahí, se afirma entonces, que la eficacia de la prevención, se encuentra vinculada más a la certeza de la imposición de la sanción que a la drásticidad de la misma; conforme a ello respecto de la prevención, es difícil afirmar en el plano metodológico si su eficacia se corresponde al contenido simbólico *ex ante* de la prescripción (Arroyo Gutiérrez 1995 p 32) o si depende de las posibilidades reales de la investigación y de la pena, es decir que, desde el plano ideológico la prevención aparece como un mecanismo de mayor neutralidad, por cuanto no es posible ni confirmarla ni negarla (Beloff 1993 p 53) y en tal sentido, siempre es posible recurrir a la misma para dar un contenido de legitimidad a la pena¹³.

La pervivencia de la prevención general no obstante este “déficit” precitado se ha entendido posible por el llamado principio de verdad preventivista, el cual descansa en la teoría de que las conductas pueden ser modificadas mediante incentivos (Silva Sánchez 2000 pp. 48 a 50). Ciertamente no puede negarse la eficacia de la dinámica de los incentivos en la determinación de los patrones de conducta, pero no resulta plenamente exacto, trasladar esa realidad psicológica a la configuración del castigo penal como consecuencia de un delito. Con lo anterior quiere indicarse que los incentivos no tienen por que necesariamente concurrir con la pena, perfectamente la técnica del incentivo, puede ser compatible tanto con medidas preventivas –sociales, educativas, políticas, culturales, situacionales, morales– así como los mismos pueden ser de carácter neutralizador o inclusive reparadores, por los cuales se pretende influir en la reiteración del conflicto –por cuanto el delito es un conflicto– ello también vale para las técnicas del desincentivo respecto del crimen; todo ello indica que aunque la conducta se modifica por la vía de los incentivos, ello no es un presupuesto *sine quoniam* para entender que la pena sea el más eficaz de los mismos.

También ha incidido en la legitimación de la prevención, la doctrina psicológica de la introspección. Lo anterior se estructura en el sentido de un juicio de individualidad, por cuanto al internalizar que la amenaza de la pena nos disuade, extendemos esa misma conclusión respecto de lo demás; sin embargo empíricamente se ha demostrado que en muchos casos son las claves valorativas ético-morales las que más pesan en una actitud hostil al crimen (Bergalli 1998 p 28). Al contrario, algunas investigaciones respecto de las propensiones a delinquir, han demostrado

13. Así sobre el punto se ha dicho –Mathiesen–: “El carácter paradigmático de la teoría de la prevención general sirve para que eventos incluso contradictorios se interpreten de acuerdo a esta teoría, para que la carga de la prueba se sitúe en aquellos que la cuestionan y para que argumentos basados en el sentido común se acepten como la más sólida o única evidencia en su apoyo”.

personalidades inclinadas al delito por que ellos viven el día al día, y por ende son ajenos al calculo del costo beneficio del delito (Laurrari 2000 p 46, Wilson-Hermestein. 1983 pp. 43/56) en tal sentido, al tratarse de una opción existencialista, el fundamento de un juicio de razonabilidad valorativo sobre el delito y sus consecuencias a futuro, pierde toda connotación. La otra cuestión relevante es que la dimensión introspectiva no se corresponde con la realidad pluralista del orden social¹⁴. En resumen la conducta criminal, puede importar diversos beneficios, que un sector obtiene en su rol social comportándose adecuadamente, y que por ello, no es menester que se incluya en un calculo, empero esa realidad, como se ha dicho, no puede predicarse de todo el orden social por lo cual, el aspecto introspectivo también resulta al menos relativo.

El otro aspecto que afirma la pervivencia de la prevención como fin de la pena, es también de índole cognitivo, y se encuentra vinculado a la realidad formadora de la disciplina en el hogar y en sentido estricto del castigo del *pater familia* (Gimbernat 1990 p 175). No es ocioso afirmar, que las experiencias aprehendidas desde la infancia impactan en el sentido común de la personas. Pues bien, el efecto preventivo desde la influencia psicológica ha sido sostenido en la dogmática penal sobre la base de la relación Estado-castigo padre-castigo. Sin embargo debe reconocerse que aunque el Estado en un tiempo se consideró *L'estat providence* y actualmente *L'estat paternat* hay mucha distancia entre la relación Estado y padre.

Ciertamente, el castigo que se impone a un hijo deriva de un conflicto, pero se impone la más de las veces sumariamente y en el mismo concurren una mezcla de severidad-amor con un claro contenido educativo, sin que ello afecte excesivamente la relación de afectividad entre hijos y padres. Dichas características son impredecibles del castigo del Estado, Como correctamente es señalado por la criminología, las teorías del aprendizaje (Larrauri 2000 p 47, Akers. 1994 p 98) o las del control (Larrauri 2000, p 47 Goffredson-Hirschi 1990 p 99) que fundan la obediencia sobre la base del castigo, se sostienen por cuanto la conducta esperada se encuentra afirmada por un vinculo de ágape que se quiere mantener entre hijo y padre, es decir hay una receptividad a la finalidad del castigo por los

14. Ciertamente el orden social no es uniforme, al contrario lo caracteriza su heterogeneidad, distintas clases, edades, culturas, ideologías, géneros conforman el cuerpo social, en virtud de ello, los valores que se sostienen también son multiformes y aunque hay una clave valorativa, que es común, no lo es la forma en la cual el contenido de la misma puede ser afectado, es decir los límites de lo prohibido, permitido, aceptado, tolerado. También tal multiformidad es aplicable en cuanto a la posible valoración de la sanción, quienes se encuentran convencidos de que su actuar es legítimo, no percibe a la pena como un castigo, por que en su contexto cultural la pena no tiene esa dimensión; De igual manera en el área de la marginalidad quienes viven del delito y están etiquetados como delincuentes por el sistema y se conciben de esa misma forma internalizando ese rol, no se permea ante la dimensión del castigo.

vínculos filiales, el respeto y el amor. Pero esas finalidades de amor y respeto no pueden predicarse en la relación gobernado-Estado, es más la desigualdad y la exclusión social, lleva a los sectores afectados a negar respeto y legitimidad al Estado para que puede desarrollar una función sancionatoria.

Otro aspecto que mantiene la legitimidad de la prevención general respecto de la eficacia de la pena, es la aludida consecuencia de la prueba contra-fáctica, es decir en la necesidad del derecho penal y de la pena como última medida de intervención, y en cual serían las opciones de no utilizar el sistema penal, para resolver los conflictos sociales más intolerantes (Roxin 1993 p 29). Ciertamente es difícil –por no decir imposible– en el actual estado de cosas, pensar un sistema sin la intervención del derecho penal, pero ello mismo no debe llevar a concluir que la prisión debe ser la única opción y que un sistema más diversificado de penas, puede generar una eficacia de prevención suficiente sin que tenga que acudir a la pena de prisión como *prima ratio*, por cuanto hay un amplio consenso en el sentido que, el abuso del derecho penal no es la solución para los conflictos sociales y que ello sólo significa un exceso de la función instrumental negativa de la pena (Arroyo Gutiérrez 1997 pp. 100 a 102)¹⁵.

II. La inocuización del delincuente como meta de la reforma penal.

5. La pena de prisión como instrumento de incapacitación.

Algún sector de la doctrina penal ha abogado por la inocuización del delincuente, esa forma de dimensionar los fines preventivos de la pena, nunca se ha perdido en el ideario penal, y en la actualidad parecen renacer con diversos matices (Silva Sánchez 2000 pp. 91 a 92). La incapacitación es una forma de legitimación de la pena, que radica en evitar que la persona que delinquiró cometa un nuevo delito, ello mediante su encierro en la cárcel (Silva Sánchez 2000 pp 94 a 95).

Se ha sostenido que verdaderamente la justificación de la pena de prisión, se corresponde con la finalidad de incapacitación, por cuanto en la actualidad, la prevención especial como fin de la pena de prisión sólo se legitima desde el plano formal, y la prevención general se encuentra cuestionada en cuanto a su eficacia. En tal sentido, se señala que el

15. Ciertamente cuando se alude a la prevención general para justificar la pena de prisión, se desconoce que en el contexto de una doctrina instrumental la pena de prisión, debería demostrar –precisamente por su carácter utilitarista– no sólo que la pena es eficaz sino que es el medio de menor lesividad al cual se debe recurrir respecto de determinados comportamientos. A ello debe añadirse que más que efectos *ex ante* en cuanto al merecimiento penal, su eficacia se centra más en la posibilidad de ser descubierto y en la asertividad de la sanción; pero al igual que en el área de gestión preventiva de la política criminal, resulta más onerosa el incremento de la propensión de la averiguación y demostración en juicio de una conducta criminal que el aumento de la severidad de las sanciones.

fundamento material que le corresponde a la pena de prisión es la del encarcelamiento con la finalidad de que quien es encerrado no cometa delitos al exterior de la cárcel (Sandoval Huertas 1982 p142).

Dicha justificación de impedir el delito, encerrando a quien lo comete, ha ganado una creciente adhesión en el modelo punitivo norteamericano (Larrauri 2000 p 49, Zimring-Hawkins 1995 p 4) dicha incapacitación se ha entendido como: "un proceso de eliminación, a medida que el debate académico y público acerca de las otras funciones de la prisión socavó la fe en la posibilidad de la rehabilitación y en la prevención general como base desde la cual adoptar decisiones ajustadas de cuanto imponer una pena de prisión". Sin embargo, la pena de prisión con fines de incapacitación no se encuentra exenta de problemas y de críticas al menos para el sistema del *civil law*¹⁶. (Silva Sánchez 2000 p 99; Mir Puig 2006 p 104 a 105). Al destacarse la necesidad de que toda pena reconozca límites, la finalidad de incapacitación, debería responder a criterios que permitieran limitar una pena que se sustentará sobre una finalidad como la aludida —ciertamente no nos adherimos a la doctrina de la incapacitación— pero tampoco dejamos de reconocer, el ímpetu que ha tomado, y en tal sentido es menester indicar que la recepción de la misma, no puede quedar en un ámbito de discrecionalidad absoluta, por lo cual normativamente, debe tenerse unas limitaciones, que permita a los jueces disponer de un ámbito de control sobre la determinación de la misma.

Por ejemplo, un criterio de limitación sería que la pena de prisión que es la más limitadora de los derechos fundamentales, únicamente se encontraría justificada cuando por medio de la misma, se tenga como fin la evitación de los delitos más graves. Sin embargo, este criterio de limitación, requiere de una extensión por cuanto en la actualidad, la mayoría de delitos se encuentran sancionados con pena de prisión, y por determinación legal la mayoría de ellos se consideran graves en virtud de un rango determinado de pena. Por ello, es necesario entender que la gravedad de los delitos, debería entenderse vinculados a delitos sumamente violentos, y que afectaran bienes jurídicos individuales y de un rango trascendente. No obstante, debe de reconocerse que aún definiendo dichos límites, resulta difícil su manejo —y por ello es que no aceptamos la finalidad

16. Ciertamente a la finalidad incapacitadora de la pena se le reconoce como problema su incompatibilidad con el principio de prohibición de exceso, el cual como manifestación del principio de proporcionalidad rige con mayor énfasis en el modelo de los sistemas continentales que respecto de los modelos del *common law*. Precisamente por ello es evidente que debido a la severidad de la pena de prisión —y de esta en su modalidad de incapacitación— el encarcelamiento de las personas con fines de evitar cualquier delito futuro vulneraría la proporcionalidad de la pena, en relación al hecho cometido. Una justificación de la pena sobre una finalidad genérica de fines de incapacitación para la pena privativa de libertad resultaría desproporcional. Por ello la opción de un modelo como el norteamericano fundado en necesidades de incapacitar a las personas para evitar crímenes futuros debería en todo caso reconocer cierto límites irreductibles.

incapacitadora— por cuanto resulta casi materialmente imposible, limitar la facultad configurativa del legiferante, por ello, debe recordarse lo que respecto a tal cuestión se ha dicho en el sentido de: "Habiendo aceptado por lo menos para algunos casos la legitimidad de la incapacitación como base para la pena de prisión, los liberales reduccionistas no pudieron suministrar un límite convincente que sirviera como barrera a la expansión". (Larrauri 2000 p 50, Zimring-Hawkins p 12)

La pena con finalidades de incapacitación debe ser necesariamente limitada, ello debe de llevar a reconocer que, una pena con tal finalidad no busca evitar delitos, en su sentido más genérico como podría decirse de la prevención general, sino que el fin que legitima a la misma, es evitar los delitos más violentos que se pueden cometer contra las personas, por lo cual, las tipificaciones que tienen asignada una pena con estas características deberían encontrarse específicamente determinados, es decir limitados por decisión legal atendiendo a su extrema gravedad en atención a las condiciones siguientes: a) la comisión de un delito sumamente grave determinado ya por la ley; b) que en su desvalor el delito haya afectado severamente el bien jurídico protegido; c) que se tenga además de una culpabilidad gravísima, una propensión de futuros actos violentos; d) la inexistencia de un medio menos lesivo para generar la protección penal¹⁷.

En todo caso la prevención de incapacitación presenta grandes reparos (Hassemer, Muñoz Conde 2001 pp 268 a 272), el primero de ellos se encuentra vinculado a que las penas incapacitantes, tienden a transformarse en penas de largo alcance o de penas perpetuas, latentes o patentes, por cuanto ello es a la postre la finalidad de la incapacitación. El otro aspecto crítico, es la función selectiva de la incapacitación, por cuanto aunque la pena se impone por un hecho gravísimo que se ha cometido, ese aspecto sólo es parte de la pena incapacitante, el otro es la posibilidad de que el sujeto cometa un nuevo delito de la misma gravedad, por cuanto la función incapacitadora no tendría sentido respecto del delito pasado, sino sobre el futuro (Silva Sánchez 2000 pp. 102 a 103) y ello ha

17. Ciertamente no consideramos que la pena con fines de incapacitación sea admisible respecto de los fines de pena que la Constitución ha reconocido, básicamente por la finalidad resocializadora, pero además han de señalarse dos agudos problemas respecto de los modelos de penas con fines de incapacitación: a) una finalidad incapacitadora tiende a transformarse en condenas cada vez más largas hasta concluirse con la cadena perpetua, es difícil mantener los fines incapacitadores sujetos a un control, por cuanto la verdadera finalidad de la incapacitación es esa y no otra, inocular al destinatario; b) la configuración y determinación de los delitos violentos pueden irse extendiendo —y es lo que usualmente sucede— hasta abarcar ámbitos a los cuales originariamente no se encontraban destinados. Es ilustrativo en el caso norteamericano la configuración de las penas de incapacitación bajo la doctrina *Three Strikes and You're Out* mediante la cual se permite imponer cadenas perpetuas a la realización de delitos por tercera vez aunque la gravedad de los mismos no sea en su configuración original desmedida.

sido objetado por dos razones fundamentales: el primero el principio de igualdad, por cuanto la duración de la condena se basa en la probabilidad de delinquir; el restante se vincula al llamado efecto falso-positivo, por el cual, personas de las que se tiene una prognosis de reincidencia en el delito, posteriormente se demuestra que no hubieran cometido delitos aún cuando no se hubiera impuesto penas de mayor duración (Larrauri 2000 p 52, von Hirsch 1987 pp. 105/138).

III. El resurgimiento de la prevención. El derecho penal de la post-modernidad.

6. Los Fundamentos de la prevención general positiva.

La concepción tradicional de la teoría preventiva descansa en la prevención general (Bottke 1997 pp. 60 a 61), bajo la idea de que la amenaza de la pena como mal, cumplía una función de intimidación a los posibles criminales que pretendieran realizar conducta delictivas. En el *ancient regim* tal finalidad se pretendió cumplir mediante la ejecución ejemplarizante de la pena, y dicho fin fue moderado por Feuerbach quien vinculó la función de intimidación a la ley penal, mediante la pena y la teoría de la coacción psicológica (Roxin 1993 p 25).

El ámbito de fundamentación de la pena en cuanto a la prevención se ha modificado, actualmente impera la teoría de la prevención general positiva (Pérez Manzano 1997, pp 78 a 79), la cual no busca intimidar al aleatorio criminal, sino afirmar mediante la imposición de la pena la conciencia social de la norma (Hassemér 1982 p 137) con lo cual se confirma la vigencia de la misma (Jakobs 1998 p 15) ello ha significado un traslación importante por cuanto, la pena ya no se dirige únicamente a los potenciales delincuentes, sino a todos los habitantes, por cuanto es finalidad de la norma, confirmar su confianza en la misma, en el sentido de generar cohesión y afirmar los valores colectivos (Aniyar de Castro 2005 p 529

Tal concepción pretende ser superadora de la crítica de la llamada antinomias de la pena (Roxin 1993 pp. 32 a 35; Beloff 1993 p 61)¹⁸, en el sentido que la retribución no es excluyente de la función preventiva, por cuanto la confirmación de la validez de la norma, necesita que se imponga una pena en todo caso proporcionada ante el hecho culpablemente cometido, prevención general positiva y fines retributivos como último límite, son presupuestos de la pena que pueden convivir (Roxin 1981 pp.103

18. La doctrina de la antinomia enfatiza que las funciones preventivo generales y preventivo especiales de la pena se encuentran en permanente tensión, y por ello pueden resultar contradictorias en cuanto a la fines que se persiguen, por ejemplo lo que puede resultar admisible para la intimidación, puede resultar negativo para la resocialización.

a 112).

Sin embargo habrá de señalarse que en el pensamiento penal, la doctrina de la prevención general positiva ha determinado enfoques contrapuestos. Así, mientras que un sector de la doctrina entiende que la misma puede sostenerse por cuanto es inclusive limitadora de la función de intimidación por la de afirmación (Gómez Benitez 1984 p 124) otro sector es al menos receloso de los efectos que pueden derivarse de la prevención, sobre todos los efectos expansivos del derecho penal (Baratta 1984 pp 541 ss.).

Tal tensión de la prevención general positiva es posible remitirla a sus orígenes, por cuanto respecto e ella, pueden aproximarse dos enfoques uno que se vincula a una prevención limitadora de la función intimidatoria de la pena; mientras la otra puede vincularse a una función fundamentadora de la norma penal y en tal sentido podría considerarse como ampliatoria (Schünemann 1997 pp. 91 a 93).

7. Función limitadora y fundamentadora de la prevención general positiva. A la vertiente de la función preventivo general positiva fundamentadora, es posible remitir la visión de pena de Welzel, para quien la pena cumplía una función de defensa ético-social, con lo cual el derecho penal, no debe tener como finalidad evitar únicamente conductas dañosas, sino que debe tener como aspiración influir en la conciencia de los ciudadanos, es decir en su ámbito interno ético-social (Welzel 1989 p 3). Salvando las distancias de quienes han sostenido una tendencia de la prevención general positiva—que no pueden ser agotadas en las presentes reflexiones— debe indicarse que la renovación de tal fundamentación ha correspondido a Jakobs, aunque con importantes modificaciones. Así por ejemplo, el penalista de Bonn no coincide en que la prevención positiva tenga que tutelar determinados valores de acción y bienes jurídicos, aunque sostiene que la pena persigue el mantenimiento de la colectividad en la fidelidad hacia el derecho (Jakobs, 1998 pp.35 a 36).

Según Jakobs el fin del derecho penal es garantizar la función orientadora de las normas jurídico penales, por cuanto entiende que el derecho, es no otra cosa que un instrumento de estabilización social, mediante la orientación de las acciones, a través de la institucionalización de las expectativas sociales. Se indica que la vida en sociedad —y en la actual sociedad— requiere de cierta seguridad y estabilidad de las expectativas de cada sujeto frente a los demás; precisamente por ello, las normas jurídicas son el instrumento de estabilización y en tal sentido

orientan la conducta de los ciudadanos en sus interacciones sociales. De ahí que cuando se infracciona una norma, es vital para la cohesión y el mantenimiento de las expectativas de los ciudadanos, que aquella mantenga su vigencia y se afirme, pues lo contrario significaría la pérdida de confianza en el derecho y en la función orientadora que debe cumplir (Jakobs 1998 pp. 32 a 34).

Ahora bien, la pena debe mantener la firmeza del derecho, haciendo saber al infractor y a la sociedad que no obstante su trasgresión, la norma se mantiene vigente, a la negatividad del delito como conflicto social y defraudación de las expectativas sociales, se antepone la pena como positiva para afirmar la vigencia de la norma al negar la infracción de la misma, con lo cual, a la negación del delito respecto de la norma, sigue la negación de la pena hacia el delito, confirmando la norma (Jakobs 1997 pp. 7 a 11) la vuelta a –Hegel– parece innegable.

De ahí que, la función de la pena y de la norma penal que la asocia, no persigue intimidar a los ciudadanos ni al infractor para que se abstengan de cometer ilícitos; su finalidad es ejercitar la confianza ciudadana en las prescripciones penales, para que el orden social, tenga claro cual son las expectativas de conducir su vida en la fidelidad del derecho, y de ejercitar su confianza en el derecho, cuando la norma sea infraccionada; en ello se sintetiza lo que Jakobs llama “ejercitar el reconocimiento de la norma” (Jakobs 1997 p 8).

Ahora conviene examinar brevemente la tesis de la prevención general positiva desde una visión claramente limitadora. Sobre ello se ha dicho que el derecho penal y por ende su consecuencia más manifiesta –la pena– es altamente formalizado, dicha formalización se corresponde con su vinculación normativa, con lo cual se pretende en todo caso, limitar la intervención del derecho penal en atención a la restricción de los derechos de los ciudadanos, En tal sentido, se aboga por una afirmación normativa del derecho razonable, y en todo caso sujeta a restricción, de acuerdo a las limitaciones de su carácter formalizador que además por ello es controlable (Hassemer 1982 p 52).

Se entiende entonces que la pena siendo un instrumento del control social más formalizado –el derecho– opera en el sentido no de alcanzar fines de intimidación general, sino que pretende la “protección efectiva de la conciencia social de la norma”, y por ello es prevención general positiva, con lo cual, la pena siempre debe estar limitada por la proporcionalidad que se deriva del desvalor de los hechos –aspecto compensativo– y ha de tender como objetivo final a la resocialización del condenado, entendida únicamente como una oferta de ayuda (Hassemer 1984 p 137).

También se ha considerado a la prevención general positiva, partiendo de una pena adecuada a la culpabilidad, la cual es límite de toda pena orientada a fines preventivos de intimidación (Roxin 1976 p 18); se afirma la prevención positiva, pero reconociendo un claro límite infranqueable, en este caso la culpabilidad por el hecho, dicho límite también equilibra a la prevención negativa. De ahí que, al reconocimiento de la afirmación del derecho, de los fines de intimidación y de rehabilitación, limitados por el principio de culpabilidad se le denomine prevención integradora (Roxin 1981 p 102/104 y 183) la cual se centra en afirmar el mantenimiento del derecho ante la infracción punible, y la confianza en la preeminencia de la norma jurídica pero sin rebasar la culpabilidad del autor, inclusive se afirma que cuando convenga a los fines preventivos especiales de la resocialización y no se afecten los fines preventivos generales, la pena puede quedar determinada por debajo de la culpabilidad (Roxin 1981 p 109).

IV. EL MANTENIMIENTO DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL. 8. Esplendor y crisis de la resocialización.

El fin de la prevención especial fundado en la resocialización es de larga data, inclusive se puede reconocer en sus manifestaciones más primigenias en el pensamiento de la ilustración penal hasta el inicio de las llamadas “instituciones cerradas” (Hassemer, Muñoz Conde 2001 pp. 237 a 239). Desde la década de los sesenta en el ideario penal fue tomando fuerza la instauración de una pena con fines rehabilitadores –bajo la idea del tratamiento– respecto de los otros fines que se predicaban al derecho penal la intimidación o la represión (Cruz Castro 1989 p 12)¹⁹.

De ahí que la finalidad del tratamiento fue campeando en el ámbito del derecho penal, y en tal sentido asociado a dicha finalidad educadora, mediante técnicas especiales que aspiraban rehabilitar al condenado, surgieron instituciones acordes a dichos fines, como la *probation* anglosajona, la libertad condicional (García Valdéz 1986 pp.197 a 201) a la cual se asoció una pena indeterminada hasta alcanzar los fines de la rehabilitación, se impuso en tal sentido la ideología del tratamiento, con lo cual el fin resocializador de la pena se difuminó desde el continente americano hasta el europeo; el mecanismo fundamental asociado al

¹⁹. Ciertamente los derroteros de la ideología de la prevención especial fueron diversos, desde perspectivas de máxima intervención como los preconizados por la escuela positiva italiana, que propuso la disolución de la culpabilidad y de la pena y el advenimiento de una peligrosidad social para la cual sólo correspondía imponer medidas asegurativas indeterminadas; hasta las tendencias correccionalistas que se erigieron como protector de los condenados, sobre toda esa base la resocialización fue vista en tal momento –influida por la doctrina del positivismo– como una opción terapéutica.

tratamiento es el uso del tiempo para el disciplinamiento (Manzanos Bilbao 1991, pp.124 a 125)

Sin embargo, los fines resocializadores impulsados por las técnicas del tratamiento penitenciario, no rindieron los frutos esperados ni respecto de los convictos, ni respecto de la evitación de los delitos, lo cual generó que a partir de los años setenta la idea resocializadora entrará en crisis, hasta en los países en los cuales se había impulsado con más ahínco e incluso la finalidad socializadora quedó huérfana en el terreno político, con lo cual sonó en su momento una marcha luctuosa para la prevención especial fincada en la resocialización (Hassemer, Muñoz Conde 2001 p. 241).

Ciertamente el fin resocializador de la pena, ha sido objeto de múltiples críticas, algunas de ellas, inician desde su contenido conceptual por cuanto se censura su falta de concreción hasta su irrealismo que partiría de una orden social en el cual todos se encontrarían integrados. Lo cierto es que sobre la resocialización se han diversificado diferentes concepciones –no es homogénea – desde las más radicales hasta otras dotadas de menor intervención. En tal sentido se han construido programas máximos de intervención que pretenden implantar en el sujeto una determinada escala de valores, y para ello se utiliza el tratamiento penitenciario, con lo cual se tiene por finalidad incidir decisivamente en la personalidad del condenado mediante una férrea disciplina que imponga una conducta de obediencia (Hassemer, Muñoz Conde pp. 249 a 250); otras se decantan por inculcar el respeto meridiano a las leyes, y otras por potenciar el respeto a los bienes jurídicos de los demás, hasta las que impulsan un auto-reconocimiento del sujeto respecto de su valor como persona, en apretado epítome se pasara repaso de ellas.

9. Crítica y vigencia de la finalidad resocializadora.

Fundamento que surge desde la visión del pensamiento ilustrado es que el derecho penal se constituye como un claro límite respecto de las potestades punitivas del Estado. En tal sentido, el hecho cometido fue una clara restricción a los alcances de la pena, por cuanto lo que se pretendía sancionar es la conducta trasgresora de una norma y de un bien vital, y no la personalidad propia del delincuente, dicho de manera sintética, el derecho penal liberal ha sostenido siempre un derecho penal de acto, quedando proscrito un derecho penal de autor.

Esta finalidad del derecho penal, no se correspondía completamente con la finalidad de la pena, cuando esta tenía como destino influir decisivamente en la personalidad del condenado, hasta el extremo de

modificar su ámbito de autodeterminación, es decir una resocialización que a toda costa pretendía cambiar la forma de ser de la persona (Hassemer Muñoz Conde pp. 242 a 244); resulta obvio que un fin resocializador de esta especie no se adecua a los postulados del derecho penal nuclear, que determina ante todo la libertad del ser humano y su capacidad de autodeterminación como consecuencia de su dignidad. En resumen un fin resocializador radical no se compagina con la visión de una pena democrática.

También se ha criticado duramente a la finalidad resocializadora de la pena en el sentido de que es imposible lograr una rehabilitación del condenado en una sociedad que es marcadamente excluyente y que selecciona a los marginados –desde la teoría del *labeling approach* pasando por la del etiquetamiento, la del psicoanálisis hasta las doctrinas de la criminología crítica– por lo que debe cambiar es la estructura social y no la persona sujeta a pena (Mapelli Cafferana 1981, 177 a 178). También se ha señalado que los programas de rehabilitación no han funcionado y que la cárcel difícilmente resocializará (Sandoval Huerta 1982 pp. 104 a 105; Hassemer, Muñoz Conde 2001 pp. 249 a 254) e incluso que hay personas que son irredentas respecto de los programas de rehabilitación que se han impulsado por los sistemas penales.

Ante tal panorama, parecería que la finalidad resocializadora de la pena debería abdicar, pero es prudente no arribar a esa conclusión; las críticas que tienen mucho acierto, deben ser atendidas en el sentido de modificar los signos autoritarios y deficitarios con los cuales se ha manejado tradicionalmente a la resocialización, sobre todo en lo que al tratamiento penitenciario se refiere (Roxin 1993 p 22). La pena y el régimen penitenciario ya no pueden seguirse sustentando en doctrinas como las de las relaciones especiales de sujeción, el interno no es un objeto en el centro penal, es un sujeto con plenitud de derechos salvo aquellos que se encuentran naturalmente –y razonablemente– limitados por el cumplimiento de una pena, con lo cual los derechos fundamentales de los presos no deben sufrir limitaciones irrazonables sobre la base de una preeminencia administrativa de control (Chan Mora, García Aguilar 2003, 70 a 83; Murillo Rodríguez, 2002 pp. 30 a 34)

La pena de prisión y el régimen de cumplimiento que de ella se devenga no puede ser visto como una imposición en la conciencia y en la autodeterminación ética del penado, debe tratar de disociarse lo menos posible, y debe hacerse una oferta de posibilidades para los condenados que les permitan reconocer sus habilidades, destrezas y potencias para maximizar el respeto al derecho de los otros. En suma una pena y un

tratamiento inclusivo que tome en cuenta primordialmente al condenado y a la sociedad civil que no se encuentra excluida de la prisión, por que ésta también es parte del derecho y de la sociedad (Mir Puig 2006 pp. 73 a 74).

Afirmado la idea resocializadora conviene indicar un motivo más para su no claudicación, en este caso no es sólo de orden legal, sino constitucional, las mayorías de Cartas Magnas establecen en sus normas de política penal fundamentales, la observancia al fin resocializador de las penas, y dicha finalidad no puede dejar de tratar de cumplirse sin desconocer el mandato imperativo de la norma *normarum*, es decir la resocialización, tiene rango constitucional y por ende no puede ser desconocido por quienes tienen a su cargo la configuración del poder penal (Cruz Castro 2004 pp. 23 a 28).

Dicho lo anterior, y justificada la pena como forma de control social formalizada dentro de la que se contiene la pena privativa de libertad —mediante los fines preventivo generales y especiales positivos— debemos afirmar que dicha legitimidad la entendemos sobre la base de que la pena de prisión como el derecho penal sea una opción de *ultima ratio*, con lo cual, y dando los déficit que presenta la prevención de intimidación y confirmación como los de la rehabilitación e incapacitación, se pretende examinar desde una perspectiva mínima la reducción de la prisión, por una propuesta de penas alternas dentro de la política de configuración del poder penal, y a ese menester se dedicaran las reflexiones que siguen, haciendo énfasis en que las penas alternativas a la prisión pueden razonablemente cumplir los fines asignados a aquella con un menor costo en la limitación de los derechos fundamentales del convicto.

IV. REDUCCIONISMO DE LA PENA COMO OPCIÓN.

10. Visión mínima de la pena. Ante la crisis de legitimación de la pena privativa de libertad y ante la imposibilidad de renunciar a la misma, corresponde preguntarse si las opciones reduccionistas pueden ser una alternativa legítima bajo el ideario de minimizar la intervención penal (Ferrajoli 1986 p 43). La configuración de un sistema de penas, pasa por determinar cual es el llamado centro de gravedad de la intervención punitiva, es decir si la gravedad va a residir en la pena privativa de libertad o en penas que no se estructuren sobre la base del encierro de las personas en prisión (Hassemer, Muñoz Conde 2001, p 272). En el ámbito jurídico penal, la pena de prisión se ha sustentado tradicionalmente como la reacción normal frente a la realización de conductas criminales, y al contrario las penas alternativas a la prisión, habrían de ser una especie de reacciones

que bajos ciertos parámetros, es posible renunciar a la imposición de la pena de cárcel —levedad en la lesión, culpabilidad disminuida, carencia de antecedentes penales— para dar paso a unas formas alternas de pena (Houed Vega 1997 p 115).

La doctrina penal ha ido paulatinamente abogando por la sustitución de la pena privativa de libertad mediante pena alternas (El Khoury Jacob 1997, p 122; Gimbernat Ordeig 1981 p 581; Sainz Cantero 1983 p 84) pero tales posicionamientos, no alteran la idea de que la pena alternativa a la prisión ha sido entendida como una reacción excepcional al sistema penológico de sanciones que se estructura sobre el modelo de la prisión. Quizá por ello convenga formular una reflexión sobre si es conveniente un sistema más limitado o de mayor amplitud respecto de las penas alternas en relación al modelo de sistema penal actual carcelario.

11. Fundamentos políticos de la sanción penal. Un primer aspecto a abordar es el tradicional y completo apoyo del cual goza la pena de prisión, por un sector predominante del pensamiento penal, lo cual es de rancio abolengo; se destaca por ejemplo (Padovani 1981 8/15) que desde la ilustración penal se ha formulado una defensa de la superioridad de la pena de prisión, sobre otra tipología de penas, en el entendido que sería la pena privativa de libertad la que mejor cumpliría los ideales de la filosofía penal liberal²⁰.

En primer lugar, la igualdad de las penas era un principio fundamental para el liberalismo, por cuanto se quería que la amenaza de la pena, pueda servir como un contraestímulo para la realización de conductas prohibidas como crímenes, ello frente a cualquier persona, sin distingo de sus condiciones sociales o individuales. En tal sentido, la pena privativa de libertad permitía —en principio— satisfacer dicho presupuesto, por cuanto priva de un bien —la libertad locomotiva— que toda persona está dispuesta a conservar, y por que el mal que se inflingiría a ese derecho, no dependería de la mayor o menor riqueza o del poderío físico del condenado; así se entendía que este aspecto igualitario no podía ser cumplido por otras penas —multas o penas corporales— por cuanto la incidencia de dichas penas, tendría que ser diferente según las condiciones particulares del sujeto.

La humanización de las penas fue un aspecto fundamental en las luchas del pensamiento ilustrado, de ahí que el principio de humanidad de las penas, sea un aspecto esencial del mismo; correspondió a Becaría su

20. La filosofía iluminista se decantaba por que el sistema punitivo cumpliera con los grandes principios de igualdad, humanidad, efectividad y proporcionalidad.

más acérrima defensa frente a un orden de penas que eran crueles, y que se sostenía causaban un sufrimiento innecesario a la persona, como forma de intimidación propia del *anciem regim*. En virtud de ello, respecto de las penas corporales o de la pena de muerte, la pena privativa de libertad pudo ser vista como una sanción más humanitaria, por cuanto la limitación era solamente temporal y lo era de un derecho que a diferencia de otras penas dejaba más "indemne a la persona" que otro tipo de pena, de ahí que la prisión fuera vista como una pena más humana.

La ilustración como forma de expresión del pensamiento liberal, se caracterizó también por la finalidad utilitarista, de ahí que era menester encontrar una pena que resguardando las características de igualdad y humanidad, fuera a su vez útil, es decir efectiva en cuanto a los fines de disuasión del crimen. De ahí, surgen los fundamentos de la prevención general, esto es la capacidad de que la pena opere como un poderoso estímulo para evitar la comisión de delitos; y a su vez, que cuando se hubiera cometido el delito, al superar el contraestímulo de la pena, la imposición de la misma, reafirmará la prohibición, y sirviera como instrumento —en este caso de prohibición especial— para evitar futuros comportamientos delictivos. La unificación de dichas funciones, se entendía que podía lograr el cumplimiento de defensa de los derechos y bienes de las personas. Se entendía que la pena de prisión tenía la capacidad de cumplir las dos funciones preventivas asignadas, pues por una parte la pena podría construirse como una forma de perjuicio mayor que el beneficio posible que se obtuviera por el delito; y por otra parte, el cumplimiento de la pena, podría corregir los motivos que incidieron para que la persona delinquiera.

Por último, la proporcionalidad entre castigo y mal, era un aspecto también esencial para el pensamiento ilustrado, tal principio —en síntesis— se concretiza en que exista una correspondencia entre la gravedad de los delitos y de las penas. El fundamento de la proporcionalidad en la ilustración, descansaba en la base de otros principios —la igualdad, la humanidad y la efectividad— en el sentido que mediante la proporcionalidad es posible lograr una especie de prevención general diferenciada, lo cual se traduce en que, la desigualdad de las sanciones punitivas marca un catálogo de penas de mayor y menor gravedad, la no desestimulación a la inclinación del crimen, podía ser compensada por la opción de crímenes menores como una forma de contención última para defender de manera más grave otros bienes más importantes. Ciertamente este objetivo de la pena podía ser alcanzado por la prisión, por cuanto al estar sustentada sobre la privación de libertad en medidas de tiempo, la volvía una pena perfectamente graduable, aspecto que no podían alcanzarse por otras penas de carácter

grave, como la pena de muerte, y los castigo corporales (Padovani 1981 p 15).

12. Principialismo punitivo y penas alternas. La importancia del reconocimiento de los principios postulados por el pensamiento ilustrado, sigue vigente y del mismo —a mi juicio— no es posible renegar en materia punitiva (Bottke 1997 pp 49 a 51) pero si es posible examinar la vigencia de tales principios desde otro enfoque, en el sentido de sí en materia de penas, estos principios se cumplen sólo a partir de la pena privativa de libertad, o si por el contrario, es posible reconocer la primacía de los mismos, desde un modelo diferenciado de pena, en otras palabras si fuera de la pena de prisión, dichos principios pueden manifestarse en el ámbito del derecho penal. Ciertamente tal opción parece que es viable de ser sostenida, lo cual se desarrollara en los párrafos subsecuentes.

Con relación a la igualdad que se preconiza desde la pena privativa de libertad, ello debe ser reconocido, más allá de los ámbitos de selectividad con que se actúa en el sistema penal, pero esta igualdad de la pena de prisión —en cuanto limita la libertad— también puede ser predicada respecto de otras penas alternativas, es decir las penas alternas también pueden cumplir con la aspiración de igualdad en materia punitiva, *vervi gratia* nos parece que la misma igualdad que se predica de la pena de prisión, puede ahora sostenerse respecto de la pena de trabajo comunitario. La pena de prestación de servicio de utilidad pública se encuentra prevista en la Sección Segunda "Penas alternativas artículo 57 del Proyecto de Código Penal de Costa Rica., por cuanto dicha pena —mas allá de las labores— también supone una forma de control sobre la libertad del condenado.

De igual manera podría sostenerse respecto de penas como la de limitación de residencia o de cumplimiento de instrucción²², por cuanto más allá del ámbito de aplicación de la pena, en ellas siempre concurre una forma de limitación a la libertad. Es más aún la pena de multa²³, es una opción que puede generar parámetros de igualdad, según su dosificación en atención a los parámetros de individualidad del destinatario. Lo que es sí es dable sostener al menos en el actual estado de cosas, es que la igualdad puede ser alcanzado por penas distintas a la clásica privación de

22. La pena de limitación de residencia o de cumplimiento de instrucción se encuentran reguladas en los Artículos 58 y 60 del Proyecto de Código Penal de Costa Rica.

23. La pena de multa se encuentra determinada en el Proyecto del Código Penal de Costa Rica como una pena principal —Artículo 46— pero además se tiene previsto que funcione como pena alternativa en determinadas condiciones —Artículo 60— del Proyecto referido. Pero además de dichas penas alternas se prevén las siguientes: la pena de detención de fin de semana —Artículo 56— la pena de arresto domiciliario —Art. 55— la pena de caución de no ofender —Artículo 61— la pena de compensación pecuniaria —Artículo 62— la pena de prohibición de residencia —Artículo 63— la pena de amonestación —artículo 65— y sus manifestaciones.

libertad, y por tal razón, una opción de penas alternas a la prisión, no debe ser rechazada con fundamento en que no se alcanzaría el principio de igualdad, éste no es exclusivo de la pena de prisión.

El siguiente aspecto es el principio de humanidad de las penas, la prisión fue en su momento una opción, en virtud de que era una pena menos inhumana que la pena de muerte y que las penas corporales que en aquel momento se aplicaban; pero en el siglo XXI la pena de prisión resultaría más inhumana que el sistema de penas alternativas que se contemplan en el Proyecto de Código Penal, como la pena de multa, la pena de prestación de servicio de utilidad pública, la pena de limitación de residencia, la pena de cumplimiento de instrucción, la pena de caución de no ofender, la pena de compensación pecuniaria, la pena de prohibición de residencia o en su caso la pena de amonestación, y la amonestación como reemplazo en sus formas extraordinarias.

La humanización de las penas, es siempre una meta por alcanzar, la pena privativa de libertad en su momento fue más humanitaria, pero en la actualidad deben sopesarse circunstancias que para el pensamiento ilustrado no era posible considerar. Así debe repararse en que la pena de prisión, en realidad también priva de muchos otros derechos, además de la libertad locomotiva, y que la misma se transfiere al círculo más cercano del condenado; ello ni aún los sistemas penitenciarios más humanos, lo han podido evitar, y ese daño se vuelve más agudo en sistemas punitivos más radicales. Otro aspecto importante a desatar es que el estigma de la prisión, genera consecuencias negativas en el momento de la vuelta a la libertad —el problema de la asistencia pos-penitenciaria— y por último la pena privativa de libertad en períodos sumamente prolongados institucionaliza; y en períodos intermedios genera dos factores altamente negativos, provoca una subcultura de antivalores, y desestructuraliza al individuo, por cuanto se pierde familia, amigos, trabajo, etcétera (Manzanos Bilbao 1991, pp. 131 a 133).

En tal sentido, es posible sostener que la pena de prisión comparada con otros sistemas alternos de pena resulta más inhumana, por cuanto son castigos más humanizantes, aquellos que privan a la persona de un determinado bien, pero no lo limitan en una forma tan totalizadora como lo hace la pena privativa de libertad.

Ahora, debe abordarse el aspecto esencial de la efectividad como principio utilitario de la pena, es decir su eficacia en cuanto a la evitación del delito. Ciertamente que la pena de prisión por su contenido radicalmente limitador de los derechos fundamentales, es decir su contenido punitivo, puede ser utilizada como una instrumento de desestimulación contra el

crimen, pero aún como se expresó en las presentes reflexiones, esa virtud disuasiva es difícil de medir (Hassemer Muñoz Conde 2001 p 304); empero hay una cuestión mucho más relevante en un sistema de configuración de penas, el cual es si, la mayor parte de los delitos castigados con penas de prisión, son una reacción excesiva y si en virtud de tal exceso se podría sustituir por un tipo de penas menos lesivas, es decir de menor intervención, lo cual significa un mayor nivel de sustitución de la pena privativa de libertad, ya en la conminación penal²⁴.

El objeto de destinación de la pena es esencial en el momento de configuración de la sanción —y ello es posible manteniendo el margen necesario de generalidad— en tal sentido, el punto de referencia del sistema punitivo al momento de establecer las penas asociadas a los crímenes, no debería estar imbuido sobre la base de la mayor gravedad, es decir pensando en el peor de los sujetos como destinatario de las normas penales —el incivil— sino al contrario una construcción frente al infractor ante el cual el derecho penal puede con una medida menos lesiva tener la suficiencia para inhibir la realización de la conducta punible prevista.

Así, la pena de prisión, no puede resultar exclusivamente justificada por su posibilidad de servir como instrumento de prevención de delitos, pues dicha capacidad simbólica y por ende abstracta, la tendría de igual manera cualquier otra clase de sanción que desde la concepción utilitarista —costo-beneficio— superara el beneficio obtenido por el delito (Montero Soler, Torres López pp. 21 a 27) esta función tampoco nos parece exclusiva de la prisión, sólo para algunos crímenes los más graves y violentos sería posible articular tal instrumento de disuasión, en tal sentido respecto de tal criminalidad no se correspondería un sistema alternativo de penas, y necesariamente deberá mantenerse la pena privativa de libertad.

Lo anterior significa, que sólo en el caso en el cual se demostrará la imposibilidad de que una pena alternativa a la cárcel, como instrumento significativamente disuasivo para un determinado comportamiento encuadrado como delito fuera disfuncional, sería viable recurrir a la opción de la pena privativa de libertad. En tal sentido si con las penas alternas se alcanzaran los fines de prevención general y especial —y ello esta por verse después de su adopción, estudio y medición con los estudios correspondientes— no podría refutarse *ab initio* y desde una perspectiva abstracta la eficacia de las penas alternativas, al menos para una importante

24. Tal propuesta concede a las penas alternativas una mayor significación, pero tal decisión debe ser cuidadosamente ponderada. El proyecto del código penal ha optado por un sistema restringido de penas alternativas, por cuanto la configuración de las mismas se ha estructurado en la parte de las penas en particular que corresponden al diseño de la parte general, sin que se corresponda la aplicación de las mismas en el meracimiento de la conminación penal en la cual se opta por la pena privativa de libertad.

franja de conductas criminales.

Ahora corresponde examinar la posibilidad de las penas alternativas con relación al indeclinable principio de proporcionalidad. Es posible afirmar sin temor a ambages, que la pena de prisión, es una pena por excelencia capaz de ser graduada para lograr el balance entre crimen y pena; y en tal sentido permite cumplir las exigencias de la proporcionalidad entendida como principio sistemático de ordenación²⁵ así como la proporcionalidad de distribución²⁶. Pareciera ser que mientras la pena de prisión, si cumple a plenitud con la proporcionalidad de ordenación, presenta ciertos déficit con la proporcionalidad de distribución, de tal manera que a la pena privativa de libertad le cuesta cumplir con esa doble dimensión de la proporcionalidad²⁷. Puesto que la dosimetría de ordenación siempre termina afectando la distribución de otras penas, por cuanto la escala punitiva abstracta de inicio es demasiado alta, ello genera que no se alcance una proporcionalidad plena; y en este plano un sistema alternativo de penas puede permitir mejorar el cumplimiento de dicho objetivo. Como se podrá advertir de lo expuesto, es plausible sostener con algún grado de razonabilidad que los grandes principios sostenidos por el pensamiento penal ilustrado, como una forma de legitimación para el derecho penal, entre los que se cuentan referidos a la pena que está fuera, igualitaria, humana, eficaz y proporcional, son principios que deben mantenerse en el ideario penal, y que los mismos, pueden ser alcanzados por penas distintas a la privativa de libertad por cuanto no son exclusivas de la prisión, o que a la norma penal necesariamente y hegemónicamente tenga que asociársele una pena de prisión; como se podrá apreciar un sistema alterno de penas, correctamente diseñado también alcanza el cumplimiento de dichos principios y por ende legitima al derecho penal en

25. En el merecimiento de la pena, el principio de ordenación vinculado a la proporcionalidad, es un principio de carácter intra-sistemático que permite graduar las penas en su sentido externo y diferencial, es decir, cuando una infracción es más grave que otra, por las razones que se elijan, es posible adecuarle una sanción también muchos más grave, y en el ámbito de la generalidad la proporcionalidad ordenativa funciona de una manera adecuada, pues permite separar la magnitud de gravedad de las infracciones penales, pero el mismo resulta menos eficiente, cuando se aplica al tipo en particular, por cuanto se encuentra diseñado para la generalidad en diferenciación, y por ello la mediación abstracta de la pena en sus mínimos y máximos elegidos se determina siempre sobre la abstracción de tal generalidad, respecto de otros delitos.

26. En cambio la proporcionalidad de distribución, ya no se finca sobre un supuesto genérico y abstracto de carácter comparativo, sino que se ocupa de los merecimientos concretos en relación al delito abstractamente considerado—nótese que no se trata de una dosimetría de individualización particular— pero los mismos no pueden partir de los límites predeterminados por la proporcionalidad ordenativa, por que está siempre se encuentra sobre la base de la generalidad diferenciada por comparación con otras conductas más graves, es decir la proporcionalidad de distribución es aquella que permite decidir si con independencia de los otros delito la pena fijada a un determinado tipo penal es proporcional.

27. Más específicamente von Hirsch distingue entre la proporcionalidad ordinal, en la cual las penas deben de reflejar las diferencias de gravedad entre los delitos y la proporcionalidad cardinal, por la cual aquella pena que deriva de aplicar la proporcionalidad ordinal una vez que se ha decidido cuales deben ser el margen mínimo y máximo de la escala de penas.

cuanto a su aplicación.

13. Política penal y reduccionismo. Una política criminal reduccionista es aquella que no atribuye al derecho penal sino a otros instrumentos preventivos el rol principal en la lucha contra la delincuencia (Sandoval Huertas 1984 p300). De conformidad con esta línea de pensamiento, la política criminal de un Estado deberá estar centrada en afrontar las causas de la criminalidad en atención a los indicadores planteados por las teorías criminológicas de influencia sociológica, es decir aquellas que ponen el énfasis en que la delincuencia es producto de razones estructurales (Wacquant 2000 pp. 85 a 87) y no obedece a motivos intrínsecos del ser humano como el ser un depravado mental o moral (Wacquant 2000 p 61); sino que al contrario son los factores de estructura o de cultura los que inciden de una manera más decisiva en la criminalidad²⁸ y para ello deben pensarse las opciones alternas que sean más eficientes para la gestión de tales conflictos (Aniyar de Castro, 2005, p 531)²⁹.

Ciertamente el fundamento de una política penal de cara a la reducción, es que la forma de gestionar las conductas delictivas es tratar de buscar sus causas estructurales y sobre esa base tratar de incidir en su evitación, en tal sentido teniendo un alto contenido social, las causas de tales fenómenos escasamente podrán ser solucionadas mediante la intervención del derecho penal y de la pena de prisión (Hassmer Muñoz Conde 2001 pp. 174 a 176). Así, si se parte de esta idea que no magnifica al derecho penal como instrumento absoluto para resolver los conflictos sociales, y si se le considera modestamente como un instrumento necesario pero en todo caso de última intervención, lo cual equivale a sostener que el derecho penal en el sentido de la pena de prisión, no es prioritario en la lucha contra la criminalidad, puede concluirse que el derecho penal puede estar construido sobre un sistema diferenciado de penas en las cuales la centralidad del castigo no descansa en la pena privativa de libertad³⁰.

28. Por ejemplo formas de delincuencia que se explican en atención a una estructura de acceso a oportunidades, las cuales limitan el acceso de las posibilidades de promoción de ciertas minorías o formas de delincuencia vinculadas a la existencia de ámbitos en los que se transmiten valores opuestos a la legalidad o en los cuales por las circunstancias en las cuales se vive se neutralizan dicho valores posibilitando el comportamiento criminal

29. atualmente cada clase de fenómeno criminal—delincuencia patrimonial, delitos económicos, delitos de drogas, delitos de violencia familiar, delitos de agresión— requieren de un análisis específico para poder encontrar las formas más adecuadas para generar una tolerable neutralización de los mismos, ello a través de instrumentos distintos de intervención en función de la tipología penal que exprese el conflicto

30. Ciertamente el derecho penal no puede ser considerado una verdadera y única opción contra el fenómeno del crimen, por cuanto el derecho penal no tiene el alcance para modificar problemas tan complejos que se derivan de la conflictividad social y de las relaciones de poder, a lo sumo el derecho penal puede significar un obstáculo contundente para la realización de determinadas conductas delictivas, el derecho penal puesto en la realidad social, no es un desacelerante efectivo del crimen, y ello explica de manera si quiere muy llana, por que a pesar de las altas penas que actualmente campean en los ordenes jurídicos—50 años de prisión en Costa Rica, 75 años de prisión en El Salvador— para impedir los conflictos sociales, los aspectos de la seguridad ciudadana no se resuelvan favorablemente no obstante las políticas de cero tolerancia o su iguales que se hayan implementado.

Ciertamente se podrá indicar que las penas alternas tampoco podrán ser contraincentivos suficientes para mermar la criminalidad, pero también debe reconocerse que las penas actuales, radicalmente severas, tampoco han constituido un efectivo instrumento de disuasión en cuanto a la evitación de conductas criminales que se esperaba reducir ampliando el espectro de intervención en cuanto al rigor de las penas privativas de libertad (Wacquant.2000 p 39 a 40) La opción es generar una reducción del derecho penal clara y diferenciada, con lo cual se limita la pena de prisión únicamente a aquellos delito más graves y violentos, dentro de los cuales pueden estar comprendidos delitos contra la propiedad que signifiquen una ofensa pluriofensiva que haya puesto en riesgo a las personas; para las restantes conductas la propuesta alterna de penas que no respondan a la privación de libertad puede ser una opción mas útil de cara a la reducción de los delitos.

VI. El modelo de penas alternativas.

14. Un sistema penal alternativo. Si se reconoce que el actual sistema penal que se encuentra diseñado sobre la preeminencia de la pena privativa de libertad, ha generado limitadas consecuencias en contra del crimen, y que la opción de un sistema alternativo de penas importaría una drástica reducción de la pena privativa de libertad únicamente para los casos mas necesitados de dicha medida de intervención penal, deben examinarse las condiciones en las cuales es posible estructurar un sistema punitivo que reconociendo la necesidad para ciertos casos de la pena de prisión, edifique de manera más profunda un sistema de penas alterno a la cárcel, en tal sentido deben considerarse las siguientes cuestiones.

15. La predeterminación de las penas alternativas. La primera cuestión esencial a resolver es quien determina cuando procede una pena alternativa, y en tal caso si tal decisión debe ser predeterminada por el legislador mediante la regulación de la ley; o si la determinación de tal forma de sanción se dota de una mayor preeminencia en la decisión jurisdiccional. Ciertamente concurren dos modelos para la configuración del sistema de penas alternas. El modelo del *civil law* y el modelo del *comom law*. De conformidad con el modelo anglosajón (Larrauri 2000 p 62 Ashworth 1995 p 40 a 42) la ley se limita a establecer penas máximas para los diversos delitos y corresponde al juez determinar en el caso concreto si aplica al delito cometido una pena privativa de libertad o si por el contrario aplica una pena alterna predeterminada ya en un catalogo abierto por el legiferante. En este modelo obviamente el juez asume un

gran poder de definición en la aplicación de las medidas cautelares y como lo ha dicho Ashworth el juez se erige como un pilar de la política criminal de un Estado con relación a las penas alternas.

Por el contrario en el modelo continental es la ley quien determina la pena que corresponde al delito, y el ámbito de flexibilidad lo traslada a la capacidad de decisión del juez, si a ese delito con pena de prisión, le puede sustituir o suspender la pena por una alternativa a la prisión. Debe indicarse que ambos modelos no están exentos de problemas en relación a la trasmutación de la pena privativa de libertad por una pena alterna. En el modelo del *comom law* se han presentado dos fenómenos distintos en el Reino Unido se calificó el sistema de penas alternativas como demasiado reduccionista, por cuanto su aplicación no tenía relevancia para las condenas de crímenes menores; ello llevó a una reforma penal –la *Criminal Justice Act de 1991*– por la cual se estableció una especie de directiva en el sentido que en materia de penas alternas los jueces deberían aplicarlas discrecionalmente regidos por el principio de proporcionalidad (Larrauri 2000 p 63, Ashwort 1997 p 87).

Sin embargo en el sistema de los Estados Unidos de América, la situación fue diferente, por cuanto ante la aplicación demasiado discrecional de los jueces –para el Departamento de Justicia– de las penas alternas se promovió una especie de guía penológica dirigida a limitar dicho poder discrecional y alcanzar una mayor predeterminación de la pena por la ley –la llamada *Act Code punity*– el cual dicho sea de paso no ha sido aplicado por todos los tribunales por considerar una invasión del gobierno en las potestades del poder judicial lo cual ha significado que la Suprema Corte de los Estados Unidos lo haya admitido en *Cercioraty* para pronunciarse sobre su constitucionalidad³¹.

En el modelo continental el problema que se ha determinado, es que su escasa flexibilidad no permite una aplicación más intensa del modelo de penas alternativas, por cuanto el ordenamiento normativo, no sólo deja un reducido espacio para la aplicación de las penas alternas, sino que además se establecen otros criterios restrictivos para su aplicación –que el justiciable no se encuentra sometido a penas alternas o a procedimientos alternos, que carezca de antecedentes penales etcétera–. Un punto intermedio en el modelo continental es aquel que aboga por que sea el legislador el que establezca el catálogo de las penas alternativas, pero en el sentido que estas sean una especie de penas principales para la franja de delitos que se pretende cubrir, los cuales son de menor

31. La Suprema Corte de los Estados Unidos de América ha decidido que la citada ley es contraria a la Constitución, pero excede a los alcances de éste artículo el comentario de la misma.



gravedad.

16. La razonabilidad de las penas en el modelo alternativo. Un sistema de penalidad alternativo que sea razonable, debe descansar en dos fundamentos esenciales. El primero de ellos, es atinente al respeto de la proporcionalidad respecto de la infracción cometida, tanto en la proporcionalidad ordinal –ordenativa– como en la cardinal –la distributiva– (Larrauri 2000 p 64, von Hirsch 1993 p 45 a 47). El otro aspecto medular se corresponde a que las penas alternativas deben ser estrictamente razonables, es decir de probable aceptación, por cuanto los modelos más eficientes de penas alternas requieren la voluntad del infractor, y para ello la pena en su dosimetría abstracta y concreta no debe ser irrazonable.

Ciertamente las penas alternativas no solo requieren las aquiescencia del infractor sino en determinados casos también una colaboración activa, en tal sentido se requiere que la pena alterna sea una sanción que el condenado pueda cumplir sin que su vida se vea severamente trastornada. Para el funcionamiento de las penas alternativas es necesario que concurren estos parámetros de razonabilidad por cuanto, si se pretende que la pena alternativa sea homologable a la pena de prisión en cuanto a las restricciones impuestas, el éxito de las mismas queda comprometido, por cuanto su incumplimiento debido a la gravosidad será la consecuencia más esperada.

17. Configuración de las penas alternas. Un sistema eficiente de penas alternas debe tener por finalidad esencial reducir la pena de prisión, sin que se pierda por supuesto los fines de eficiencia formal del derecho penal, la prevención general y la prevención especial en su sentido rehabilitador. En lo atinente a la disminución de la pena privativa de libertad, es fundamental que la pena alterna que se imponga tenga su debido cumplimiento, es decir que se encuentre garantizada en cuanto a su ejecutividad. Para ello no basta con el criterio de razonabilidad al que apelábamos *supra* sino que además es necesario que se tome en cuenta que el condenado tenga la capacidad personal de cumplir con esa pena. Para ello debe de tenerse en cuenta que si la ley ha previsto la pena alternativa como una pena principal, debe posibilitarse al juez la facultad de sustitución de pena, en el sentido que siendo aún la pena alternativa imposible de cumplir, la misma pueda ser sustituida por otra pena alternativa, sin que tal modificación suponga la imposición de una dosimetría mas grave en cuanto a la pena sustituta por que ello significaría la afectación

del principio de igualdad ³².

Otro aspecto fundamental a quedar cubierto es la vinculación personal de las penas alternas, es decir éstas deben atender a las necesidades específicas de rehabilitación del condenado en determinados programas que le permitan superar aspectos conflictivos de su carácter que él está dispuesto a modificar mediante la ayuda especializada. Lo anterior significa una especie de sistema vicarial entre penas alternas, en el sentido de, si se advierte que una pena alterna, puede ser efectiva para evitar la reincidencia de la persona o para superar un aspecto deficitario que haya incidido en la conducta criminal, dicha pena puede graduarse con la pena alternativa inicialmente aplicable, y computarse ambas, en conformidad con el condenado para cumplir con dichas sanciones. (Larrauri von Hirsch 1993 p 107).

18. El incumplimiento de las penas alternas. Como anteriormente se expresará, un sistema de penas alternas no tiene mayor viabilidad si el mismo no es inclusivo del condenado; se puede pronosticar que en cuanto más razonable sea la pena alterna que se ha impuesto –desde el proceso cognitivo del infractor– más probabilidades reales concurrirán de que la pena sea debidamente cumplida, de nuevo se reafirma que un sistema de penas proporcionadas es la mejor garantía de su éxito.

Pero para no restar consistencia al principio de eficacia de las penas, es importante tener previsto un sistema sancionador para el caso en que las penas alternativas no sean cumplidas, para ello puede optarse por un sistema sancionatorio administrativo que usualmente es pecuniario. Si hay que elucidar algunos tópicos importantes respecto del incumplimiento de las penas alternas. El primero de ellos se encuentra vinculado al tema de las sanciones de reacción ante el incumplimiento de la pena alternativa, por ello se afirma que ante el no cumplimiento, no debe imponerse como *prima ratio* la pena de prisión, es decir se aboga por que la prisión no sea una sanción inicial del sistema de apoyo a las penas alternativas (Larrauri 2000 p 66).

Wassick/von Hirsch 1998 ps 565 a 566)³³. En tal sentido la pena privativa de libertad sólo podría ser justificada cuando el condenado, rechace completamente el cumplimiento de la pena alterna así como las

32. En el modelo del Código Penal salvadoreño ello sería más viable por cuanto ciertos delitos tienen configurada penas que en su esencia son verdaderas penas alternativas, como el arresto de fin de semana o la pena de trabajo de utilidad pública.. (Larrauri 2000 p 65, Wassick/von Hirsch 1988 ps 462 y ss; von Hirsch 1993 ps 102 a 107).

33. Así se ha sostenido que el uso de la prisión como medida de apoyo de carácter inmediato a las penas alternativas, resulta no efectivo, si se puede recurrir a otras opciones por cuanto no se han agotado otras posibilidades de recurrir a otro tipo de sanción que siendo aún más severas que la pena alterna, sea menos lesiva que la pena de prisión, ello es más acorde con una visión reduccionista de la pena.

sanciones intermedias que sirven de apoyo para el cumplimiento de la primera.

En cuanto al otro punto importante, el mismo radica en la determinación de lo que debe entenderse por incumplimiento respecto de las penas alternas. Se han planteado al efecto dos formas de tratar el problema, una el de aplicar un criterio rígido de cumplimiento inclusive casi cuantitativo, por el cual el incumplimiento sería medible en unidades de tiempo³⁴; la otra alternativa sería el tener establecido un criterio más flexible en el sentido que sólo se debe entender por incumplimiento el rechazo voluntario a cumplir la pena alterna impuesta (Larrauri 2000 p 66, McWilliams 1989 p 123; Vass 1990 p 127).

Del modelo rígido el inconveniente radica en la posibilidad mayor de su incumplimiento ante la inobservancia, pero tiene como beneficio, que es un modelo de mayor seriedad en cuanto al cumplimiento de la pena alterna, y ello es mejor ponderado por la judicatura. En cambio el modelo flexible que es menos agudo en caso de incumplimiento por cuanto la revocabilidad no es la regla general, lo cual es bueno cuando la pena de prisión es próxima o es la sanción de apoyo; empero la indulgencia del mismo puede desestimular su aplicación real por la judicatura.

El último aspecto importante a considerar, es el ámbito de control de las penas alternas. Una mejor aplicación práctica de un modelo de penas alternativas, pasa por que sea la jurisdicción la que tenga las competencias de control de las mismas, es decir que el poder judicial debe tener la facultad de verificar que la pena alternativa impuesta sea cumplida y que por ende tenga incidencia real de control sobre el proceso de ejecución de la pena alterna. Para ello se necesita dotar a la judicatura del personal de apoyo especializado integrado en el subsistema judicial para que bajo la dirección del juez, pueda diagnosticar el cumplimiento de las medidas que se ejecutan en otras áreas³⁵. Pasa también por un importante cambio cultural del orden social respecto del conflicto y el castigo, y la forma de buscar una solución menos violenta (El Khoury Jacob 1997 pp.123 a 124).

A MANERA DE CONCLUSIÓN. Las conclusiones a las que se puede arribar son las siguientes: necesario reducir la pena de prisión como respuesta primigenia al conflicto del delito, ni la prevención intimidatoria

34. Así en el caso de que se tratará de servicio en beneficio de la comunidad, el incumplimiento significaría a un número indeterminado de sesiones de servicio.

35. Usualmente se ha utilizado la figura del agente de cumplimiento o *agents of probation* cuya función se corresponde con la emisión de informes relativos a la posibilidad de que la persona sea condenada a una pena alterna y el control de la ejecución de la medida sancionatoria impuesta; ello según se destaca permite una mayor confianza del juez respecto de este modelo de pena, por cuanto se asegura en unos límites aceptables que la sanción impuesta es factible de ser cumplida y además de ser controlado por el juez dicho cumplimiento.

y la confirmadora ni la prevención reincapacitadora y la resocializadora, están en condiciones de legitimar la opción por la prisión como pena de *única ratio* en el sistema penal; ello por cuanto la prisión no evita el delito mediante los contenidos simbólicos destacados. Es fundamental entonces, en primer lugar diseñar una política penal reduccionista de la pena de prisión, en la cual se converjan en que no es la prisión, el instrumento único y básico para enfrentar el crimen. Acorde con dicha política se debe de impulsar un sistema penológico en el cual las penas alternativas tengan una incidencia importante en las formas de distribuir las sanciones penales; con lo cual se propone que en la articulación de un código penal, las penas alternas sean la *prima ratio* y la pena de prisión la *ultima ratio* destinada como consecuencia a la criminalidad más grave o violenta. Que las penas alternativas perfectamente pueden cumplir con los grandes principios que el pensamiento ilustrado en su época afirmará para la pena de privativa de libertad —igualdad, humanidad, eficacia y proporcionalidad— y que dichos principios no son exclusivos de la pena de prisión, y pueden ser alcanzados por otro tipo de sanciones. Por último que las penas alternas depende en su éxito del sistema que se diseñe para su efectivo cumplimiento el cual debe tener una tendencia menos rígida, y en el cual los jueces tienen un rol fundamental para redefinir los conflictos con menos violencia y mayor eficacia en aras de la paz social.

BIBLIOGRAFÍA.

- ANIYAR DE CASTRO Lola "La cuestionada tarea de criminalizar. A propósito de la tendencia a hacer nuevos Códigos Penales" en Estudios sobre justicia penal". Homenaje a Julio B.J: Maier Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2005 p 529.
- ARROYO GUTIÉRREZ José Manuel "El sistema penal ante el dilema de sus alternativas". Colegio de Abogados de Costa Rica. San José. Costa Rica. 1995.
- ARROYO GUTIÉRREZ José Manuel "Función instrumental y función simbólica del derecho penal" en Sistemas penales y derechos humanos". CONAMAJ. San José Costa Rica. 1997.
- BARATTA Alexandro "Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. CPC N° 24. Madrid. España. 1984.
- BELOFF Mary "Teorías de la pena. La justificación imposible" en Determinación Judicial de la Pena. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1993.
- BERGALLI Roberto "Contradicciones entre derecho y control social". Editorial M.J.Bosch. Barcelona. España. 1998.
- BOTTKE Wilfried "La actual discusión sobre la finalidades de la pena" en Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. J:M:Bosch. Barcelona. España. 1997.
- CARRANZA Elías "Criminalidad. Prevención o promoción". Editorial Universidad Estatal a Distancia. San José. Costa Rica. 1994.
- CHAN MORA Gustavo GARCIA AGUILAR Rosaura "Los derechos fundamentales tras los muros de la prisión". CONAMAJ. San José. Costa Rica. 2003.
- CRUZ CASTRO Fernando "El objetivo resocializador en los orígenes de la prisión. Primero sistemas penitenciarios. Revista Judicial de Costa Rica. Año XIV. N°. 48 Diciembre 1989. San José. Costa Rica. 1989.
- CRUZ CASTRO Fernando "La pena privativa de libertad: Poder, represión y Constitución". Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2004.
- EL KHOURY JACOB Henry Issa "Las penas alternativas. El inicio de una cultura" en "Sistemas Penales y Derechos Humanos". CONAMAJ. San José. Costa Rica. 1997.
- FERRAJOLI Luigi "El derecho penal mínimo" en Poder y Control N° O. Barcelona. España. 1986.

- GARCIA VALDÉZ Carlos "Alternativas legales a la privación de libertad clásica. Alcalá de Henares. España, 1986.
- GIMBERNAT ORDEIG Enrique "El sistema de pena en el futuro código penal" en La reforma del derecho penal. Bellaterra. Barcelona. España. 1983.
- GIMBERNAT ORDEIG Enrique "Estudios de Derecho Penal". Técnos. Madrid. España. 1990.
- GÓMEZ BENÍTEZ José Manuel "Racionalidad e irracionalidad en las determinación de la pena". Revista N° 3 de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. España. 1980.
- GÓMEZ BENÍTEZ Juan Manuel "Estudios Penales". Colex. Madrid. España. 2001.
- HASSEMER Winfried "Crítica al Derecho Penal de Hoy. Norma, interpretación y procedimiento. Traducción. Patricia Ziffer. Ad-hoc. Buenos Aires. Argentina. 1998.
- HASSEMER Winfried "Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico social" en Derecho Penal y Ciencias Sociales. Bellaterra. Barcelona. España. 1982.
- HASSEMER Winfried "Fundamentos de Derecho Penal". Traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Bosch. Barcelona. España. 1988.
- HASSEMER Winfried MUÑOZ CONDE Francisco "Introducción a la criminología y al derecho penal. Tirant lo Blanch. Valencia, España. 2001.
- HOUED VEGA Mario "Modificación al sistema punitivo costarricense: un nuevo modelo procesal penal y la aplicación de penas alternativas en "Sistemas Penales y Derechos Humanos". CONAMAJ. San José. Costa Rica. 1997.
- JAKOBS Günther "Derecho Penal. Parte General. Fundamento y teoría de la imputación. 2° edición corregida. Traducción de Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González De Murillo Marcial Pons. Madrid. España. 1997.
- JAKOBS Günther "El concepto jurídico penal de la acción". Universidad Externado de Colombia. Bogota. Colombia. 1998.
- JAKOBS Günther "La teoría de la pena". Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 2002.
- LARRAURI PIOJAN Elena "Ciencias Penales. Monografías. Parte I. Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador. El Salvador. 2001.
- MANZANAR BILBAO Cesar "Reproducción de lo carcelario. El caso de

- Is ideologías resocializadoras en Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales. Bilbao. España. 1991.
- MAPELLI CAFFERANA Borja "Criminología crítica y ejecución penal". Cádiz. España. 1985.
- MIR PUIG Santiago "Estado Pena y Delito". B de F. Buenos Aires. Argentina. 2006.
- MONTERO SOLER Alberto TORRES LÓPEZ Juan "La Economía del delito y de las penas. Un análisis crítico. Comares. Granada. España. 1998,
- MURILLO RODRÍGUEZ Roy "Ejecución de la Pena". CONAMAJ, San José. Costa. Rica. 2002.
- PADOVANI Luigi "Derecho Penal". Gioffre. Milano. 1981.
- PAEFFGEN Hans "observaciones acerca del error del tipo permisivo" en El error en el derecho penal. AA.VV. Ad-hoc. Buenos Aires. Argentina. 1999.
- PEREZ MANZANO Mercedes. "Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena" en Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. J.M.Bosch. Barcelona. España. 1997.
- QUINTERO OLIVARES Gonzalo "Locos y Culpables". Aranzandi. Pamplona. España. 1999.
- RICO José María "La seguridad ciudadana en Centroamérica. Aspectos y metodologías". Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José. Costa Rica. 1994.
- ROXIN Claus "Culpabilidad y prevención en derecho penal". Reus. Madrid, España, 1981.
- ROXIN Claus "Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito". Traducción de la segunda edición. Civitas. Madrid. España. 1997.
- ROXIN Claus "Fin y justificación de las penas y medidas de seguridad" en Determinación judicial de la pena. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1993.
- ROXIN Claus "Problemas básicos de derecho penal". Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña. Reus. Madrid, España. 1976.
- SAINZ CANTERO Emilio "La sustitución de la pena privativa de libertad" en Estudios Penales II. Santiago de Compostela. España. 1983.
- SANDOVAL HUERTAS Emiro "Penología". Parte General. Universidad Externado de Colombia. Bogota. Colombia. 1982.
- SCHÜNEMANN Bernd "Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva" en Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. J:M:Bosch.

- Barcelona. España. 1997.
- SILVA SÁNCHEZ Jesús María "La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2º edición. B de F. Buenos Aires. Argentina. 2006.
- SILVA SÁNCHEZ Jesús María "Política criminal y persona humana". Ad-hoc. Buenos Aires. Argentina. 2000.
- WACQUANT Loïc "Las Cárceles de la miseria". Edición Manantial. Buenos Aires. Argentina. 2000.
- WELZEL Hans "Derecho Penal Alemán. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1983.
- WELZEL Hans "Estudios de derecho penal". B de F. Buenos Aires. Argentina. 2002.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl "Manual de Derecho Penal". EDIAR. Buenos Aires. Argentina. 2005.

2. REFLEXIONES SOBRE LA REFORMA PENAL EN EL SALVADOR¹.

*Carlos Ernesto Sánchez Escobar.

Sumario.

Nota introductoria. I. La reforma del sistema penal. 1. La reforma judicial en El Salvador, antecedentes. 2. Configuración del código penal de 1996. 3. Configuración del código procesal penal de 1996. II. Cuestiones penales. 4. Problemas en la sistemática penal. 4.1. Cuestiones preliminares. 4.2. La reforma penal como instrumento esencialmente reactivo al crimen. 4.3 El aumento de la pena privativa de libertad y el uso del derecho penal simbólico; 4.4. La expansión de las tipificaciones penales simbólicas. 4.5. La reforma penal sexual. 4.6. La abstracción de la dogmática penal. III. Cuestiones procesales. 5. Problemas del proceso penal. 5.1. Déficit en la investigación del delito. 5.2. Procesamiento del escenario del delito. 5.3. El déficit del manejo de la prueba testimonial. 5.4. Investigación y medios de comunicación. 5.5. La importancia de la prueba pericial. 5.6. La dirección funcional del ministerio fiscal. 5.7. La disfunción de los mecanismos alternos. 5.8. La necesidad de un juicio rápido. 5.9. El abuso de la privación de libertad. 6. Detención provisional e instrumentos internacionales. Conclusiones.

Nota introductoria.

El actual estado de cosas respecto del sistema penal salvadoreño, refleja una situación bastante crítica, en cuanto a su funcionalidad, y a la tarea de enfrentar la criminalidad y tutelar los bienes jurídicos de las personas. Este dilema que enfrenta el sistema de justicia punitivo, no sólo

1. Carlos Ernesto Sánchez Escobar. Maestro y Especialista en administración de Justicia Penal por la Universidad Nacional de Costa Rica. Licenciado en Derecho por la Universidad de El Salvador. Juez del Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador.

está vinculado a la agencia del Órgano Judicial, como equivocadamente se puede percibir, sino que involucra a los distintos subsistemas del orden jurídico penal, así Ministerio Público, integrado por la Fiscalía General de la República, la Procuraduría General de la República, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos; también implica de manera decisiva a la corporación de la Policía Nacional Civil, y todas sus agencias.

De igual manera, se encuentra involucrada toda la red del sistema penitenciario, incluidas todas aquellas instituciones que efectúan actividades de control de menor intervención. Es más, desde la noción de política criminal, la situación es sumamente sensible, puesto que no se atisba una definida política gubernamental, respecto de la prevención de la criminalidad y la investigación del delito, sobre la base de estudios verificables, que permitan asumir opciones de política criminal, desde un plano de racionalidad. Precisamente, el interés de estos comentarios, es examinar algunas situaciones problemáticas, que inciden —a nuestro juicio— en el funcionamiento del sistema penal, tanto en la sistemática penal, como en el ámbito de la investigación y del juzgamiento de las conductas que están calificadas como punibles, o de la realidad que significa la ejecución de las consecuencias jurídicas del delito.

I. LA REFORMA DEL SISTEMA PENAL.

1. La reforma judicial en El Salvador. Antecedentes.

Más allá de los problemas de criminalidad que agobiaban al país, desde antes de la década de los noventa se había determinado la necesidad de una reforma sustancial del sistema penal en El Salvador; estas orientaciones se encontraban sustentadas en un análisis de aquella época de la realidad del sistema judicial. Para esos fines en 1985 se crea la Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña (CORELESAL)² con la finalidad de formular un diagnóstico del estado de la aplicación de la justicia en el país y del funcionamiento de las instituciones encargadas de esa actividad, para lo cual se realizan diferentes análisis de carácter teórico y empírico a efectos de determinar la problemática del sector justicia³.

2. Tal institución fue creada mediante Decreto Legislativo N° 39 de fecha 13 de junio de 1985 y fue publicado en el Diario Oficial N° 131 tomo 288 del 12 de junio de 1985.

3. Un extracto de la investigación realizada por CORELESAL es el que sigue: Se determinó como problema estructural del sistema salvadoreño, radicaban en la ineficacia funcional del mismo, lo cual generaba los aspectos deficitarios siguientes: la tardanza en resolver los conflictos penales, la carencia de investigadores especializados en materia criminal, la insuficiente estructura de los laboratorios científicos y técnicos, y de personal especializado, la no protección jurídica del imputado respecto de las garantías mínimas establecidas en los estándares internacionales, el problema del hacinamiento carcelario, de los reos sin condena y la pena anticipada, la falta de programas de rehabilitación para los internos sujetos a régimen penitenciario, la acumulación de procesos existentes con una

Posterior al diagnóstico citado, en 1989 se realiza una nueva investigación que confirma la crisis en la cual se encuentra el sistema de justicia en el país, a la cual se había sumado con especial énfasis la problemática del sistema penitenciario, la cual se había agudizado, en atención a ello en 1990 CORELESAL presenta un estudio más detallado que refleja la grave situación que presenta el sistema de administración de justicia en su conjunto⁴, los cuales fueron los principales instrumentos para la implementación de la reforma judicial que se diseñó con posterioridad.

La reforma judicial que se implementó tuvo como fundamento el exceso formalista del sistema penal imperante, que no cumplía los fines humanistas que la Constitución había diseñado para el ejercicio del poder penal⁵, y que por ende volvían la aplicación de la ley, lenta e ineficiente, objetivizando a los dos protagonistas más importantes del conflicto penal, de tal manera que el sistema no tutela al imputado como persona ni por ende sus derechos humanos y fundamentales, y de igual manera no garantizaba una adecuada protección para las víctimas de los delitos, incumpliendo con ello la Constitución y los tratados internacionales que garantizan un marco mínimo de garantías judiciales⁶.

En tal sentido se da paso a un proceso sistemático de reforma judicial dividido en dos fases, que pretende armonizar las leyes secundarias con los postulados de la Constitución y la normativa internacional para articular un sistema de justicia más humano y eficaz, mediante la implementación de una reforma integral de la justicia penal⁷ la cual tuvo su punto culminante con la suscripción de los Acuerdos de Paz que pusieron fin al conflicto armado y que determinaron la necesidad de una reforma sustancial en el sistema de administración de justicia⁸.

enorme mora judicial, la no tutela de los derechos fundamentales y garantías básicas que la Constitución de 1983 había estatuido. Ver "Políticas Generales". CORELESAL. San Salvador. El Salvador. 1986.

4. A tales efectos Ver: "Problemática de la administración de justicia en El Salvador". CORELESAL. San Salvador. El Salvador. 1990 pp 82 a 89.

5. Ver MEMBREÑO José Ricardo "Informa Nacional de El Salvador" en Las reformas procesales penales en América Latina. (Julio B.J. Maier-Kai Ambos-Jan Woischnik-coordinadores) Instituto Max Plank para Derecho Penal Extranjero e Internacional. Fundación Konrad Adenauer. Ad Hoc. 1ª edición. Buenos Aires. 2000 pp 378 a 379.

6. Sobre esos aspectos DIAZ RODRÍGUEZ Francisco "Diez años de Constitución: un balance y una perspectiva /Órgano Judicial. Serie Derecho y Democracia. N° 1. FESPAD Ediciones. San Salvador. El Salvador 1994 pp 12 a 13.

7. A esos efectos se consideró por las autoridades de gobierno de esa época que: "La verdadera solución al problema judicial consiste en la elaboración de un conjunto de códigos modernos que remuevan de raíz los obstáculos para una justicia eficiente. Por supuesto, ya nadie cree en el efecto mágico de la ley: se trata de acompañar una buena legislación con las medidas de implementación, de reestructuración administrativa y de capacitación necesaria para que esas leyes tengan vigencia. Pero sin nuevas y buenas leyes procesales y penitenciarias, no habrá nunca una reforma integral". Ver Fortalecimiento del Estado de Derecho. Un programa en marcha. Sección. Los proyectos de reforma judicial. Ministerio de Justicia. San Salvador. El Salvador. 1996.

8. Para una mayor ilustración de la importancia de la fuente material de la reforma del sector justicia, es suficiente citar el primer párrafo de la presentación del Proyecto de Código Penal que hace la Corte Suprema de Justicia, y dice: "La República de El Salvador, después de la firma de los acuerdos de paz, se comprometió consigo misma en el desarrollo de una reforma legal, probablemente la más ambiciosa de su historia. El amplio aspecto de

2. Configuración del Código Penal de 1996.

La articulación del Código Penal sienta sus bases en el programa que la Constitución ha delimitado al Estado para ejercer el poder penal⁹, de tal manera que la base fundamental de la normativa penal es precisamente la Carta Magna y el desarrollo de todos los principios que se derivan de su contenido normativo que impone la observancia de las leyes secundarias a los principios rectores del orden emanado por el constituyente¹⁰.

Aspecto importante que se considera para la implementación de la normativa penal, es la toma de conciencia de que el derecho penal, constituye no otra cosa que ejercicio del poder, y que el mismo sólo puede ser legítimo en un Estado Constitucional cuando se utiliza racionalmente, para lo cual se reconoce la limitación del poder penal del Estado ante el sistema de garantías, la importancia de la efectividad penal como justo equilibrio, la necesidad de acudir al derecho penal como última opción, y la orientación de la normativa penal a los conflictos más lesivos para la sociedad¹¹.

De manera sintética se expondrán los aspectos más importantes que se desarrollaron en la normativa penal creada por la reforma judicial, las cuales concretaron un código penal equilibrado entre las tensiones de eficacia y garantía penal:

cobertura de esta revisión y reforma de las leyes, creemos no tiene actualmente paralelo en ningún país latinoamericano. Se intenta mediante la misma proporcionar a la sociedad salvadoreña y a su sistema de justicia, una serie de instrumentos versátiles, modernos, humanizantes e inteligentes que permitan hacer realizable una efectiva lucha contra el delito aparejada con la protección de los derechos fundamentales. Este equilibrio necesario en todo sistema penal, ha sido técnica y políticamente muy difícil de conseguir. Estando El Salvador aun convaleciente del trauma bélico, un gran debate nacional hubo de instalarse y se propició, a través de él, un consenso en materia de reforma Penal y de Familia. Se consideró y se acertó que ésta era la única forma de viabilizar, en la nueva democracia, la modernización y humanización de sus leyes". Proyecto de Código Penal. Corte Suprema de Justicia. República de El Salvador. 1994.

9. En el planteamiento general del proyecto, en el apartado de la introducción refiriéndose a la anterior normativa en lo pertinente se dice: "... en la actualidad ya no se perfila de la misma manera porque su contenido no guarda concordancia con el texto de la Constitución de 1983, ni con la realidad política y social que vive El Salvador". Proyecto de Código Penal. Corte Suprema de Justicia. Op cit p XVI.

10. Para decirlo parafraseando a un preclaro constitucionalista no se trata ya de tener una visión de la Constitución como una simple pieza lógica sistemática de un Estado, época y signo determinado, en su sentido más formal y abstracto, desvinculada de los valores materiales que expresa, sino de reconocer la fuerza normativa que impregna a la *norma normarum* que somete a toda norma inferior. Ver GARCIA de ENTERRIA Eduardo "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional". Reimpresión. Civitas. Madrid. España. 1994 p 43.

11. A esos efectos se reconoció como fundamentos orientadores de la normativa penal: a) el derecho penal debe ser, fundamentalmente, un derecho garantista que limite efectivamente el poder penal del Estado y en consecuencia evite los abusos de poder; b) El derecho penal debe ser efectivo, como un mecanismo para restringir la violencia social, para poder constituirse en una verdadera vía institucionalizada para la solución de los conflictos sociales; c) el derecho penal debe ser un recurso extremo, el último que utiliza el Estado para resolver un conflicto social; y d) El derecho penal debe ser orientado, para que se ocupe de los conflictos verdaderamente graves provocados por las clases que detentan el poder político, económico, y social; tales como la delincuencia económica, la corrupción y la violencia estatal etc. y en general todas aquellas conductas que tradicionalmente se cobijan en el manto de la impunidad y deje de cumplir selectivamente una función represiva en contra de las clases marginadas de la sociedad" Proyecto de Código Penal. Corte Suprema de Justicia. Op cit p XVI a XVII.

a) El reconocimiento de un conjunto de principios derivados desde la fuente constitucional y de la normativa internacional, técnicamente bien estructurados, así se reconocieron como garantías penales mínimas: el principio de legalidad, de dignidad humana, lesividad, culpabilidad y de necesidad.

b) La aplicación del régimen penal para personas mayores de dieciocho años, con lo cual la normativa penal, se adecua a lo prescrito en la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual es ley de la república con rango especial en atención a su fuente de origen.

c) El reconocimiento del error, en su doble condición —alejada de la visión románica del mismo— lo cual permite reconocer tanto el error respecto de los elementos del tipo penal, como el error que recae sobre el la antijuridicidad.¹²

d) Se determina en el sistema de penas un cambio sustancial, alejándose del modelo monista de la pena privativa de libertad, y adoptando un sistema diversificado de sanciones que además de la multa, establece las penas de arresto de fin de semana y domiciliario, así como la prestación de trabajo de utilidad pública, creando un sistema inicial alternativo a la prisión. El máximo de la pena privativa de libertad se determina en treinta años de prisión.

e) La configuración de un sistema de conversión de la prisión preventiva con la detención provisional que limitará el abuso de ésta.

f) El reconocimiento que las medidas de seguridad son post-delictuales y que entre las mismas y la pena como mecanismos sancionatorios debe confluir un sistema de equiparación, que impida que las medidas asegurativas sean de naturaleza indeterminada.

g) Se crean una serie de delitos novedosos de acuerdo a las exigencias actuales respecto de determinados intereses jurídicos que son dignos de una protección penal¹³.

3. Configuración del Código Procesal Penal de 1996.

Al igual que con el código penal, la normativa procesal penal que se desarrolla en los proyectos de reforma judicial tiene como base los

12. Al efecto se dijo: "El anteproyecto toma los postulados de la posición mayoritaria de la doctrina actual adoptando la clasificación de error de tipo y de prohibición. El error de tipo es aquel que recae sobre las circunstancias del tipo legal y el error de prohibición es aquel que recae sobre la antijuridicidad o injusto del hecho" Proyecto de Código Penal. Corte Suprema de Justicia. Op cit p XVIII.

13. Así por ejemplo se reconocen familias de delitos como los que atentan contra los derechos laborales y la libertad de asociación, los que atacan los derechos y garantías fundamentales; se da una mejor regulación para los delitos ambientales y sanitarios, así como para el delito urbanístico, y se incluyen nuevas figuras delictivas en los delitos que atentan contra la humanidad.

grandes principios y garantías que se derivan directamente de la Constitución¹⁴, con los cual la estructura de dicho código responde al modelo que el constituyente delinea para el ejercicio del poder penal del Estado en cuanto a la persecución, procesamiento y juzgamiento de los delitos, es por ello que los principios de legalidad¹⁵, juicio previo¹⁶, inviolabilidad de defensa, presunción de inocencia¹⁷, juez natural¹⁸, de independencia e imparcialidad¹⁹, de *ne bis in idem*²⁰ se derivan de la Carta Magna de 1983.

Como en su momento se señaló la reforma procesal giró sobre tres grandes ejes, la constitucionalidad de la normativa procesal²¹, la simplificación del proceso penal y la tecnificación de las instituciones procesales, por medio de los cuales se asegure básicamente el derecho de los justiciables a tener un juicio justo en el que se reconozcan las garantías básicas que determina la constitución y los tratados internacionales en materia de derechos civiles y humanos²².

De ahí que en el código procesal penal se articulen los principios fundamentales²³ que dan sentido a un proceso oral y público los cuales son: de oficialidad, de oficiosidad, de legalidad, de verdad material, de

14. En tal sentido coinciden en el fundamento del código procesal penal con la Constitución: LIEVANO CHORRO José Gerardo, en el Prólogo a "Ensayos Doctrinarios. Nuevo Código Procesal Penal. AA. VV. ARSJ-UTE. San Salvador. El Salvador. 1998 p IV; GARCÍA CALDERÓN Agustín, en el Prólogo a "Código Procesal Penal Comentado. Tomo I. AA. VV. Primera edición. Corte Suprema de Justicia. San Salvador. El Salvador. 2001 p II; PEDRAZ PENALVA Ernesto, en Prólogo a "Comentarios al Código Procesal Penal", Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador. El Salvador. 2003 p 74; TENORIO Jorge Eduardo, en Prólogo a "Derecho Procesal Penal Salvadoreño". Corte Suprema de Justicia. Agencia Española de Cooperación Internacional. San Salvador. El Salvador. 2000 p II.

15. El artículo 15 Cn dice: "Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate..."

16. El artículo 11 Cn expresa: "Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad, y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes..."

17. El artículo 12 Cn reúne los dos principios reza así: "Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa".

18. El artículo 15 expresa: "Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate y por los tribunales que previamente haya establecido la ley".

19. Expresa el artículo 172 inciso 3 "Los Magistrados y Jueces en lo referente al ejercicio de su función jurisdiccional son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes".

20. Reza el artículo 11 en lo pertinente: "ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa".

21. De manera resumida en cuanto al sistema de garantías de la Constitución y la estructura del proceso subjetiva y objetiva. GONZÁLEZ BONILLA Rodolfo Ernesto "Garantías del debido proceso" en "Ensayos Doctrinarios. Nuevo Código Procesal Penal. AA. VV. ARSJ-UTE. San Salvador. El Salvador. 1998 pp 112 a 120.

22. Por ello en su momento se dijo: "Es así como el proceso penal salvadoreño se ha caracterizado por el reiterado desconocimiento de las garantías del proceso acusatorio, como lo son la amplia oportunidad de defensa, derecho de asistencia letrada, la imparcialidad del tribunal, el derecho a confrontar testigos, a tener oportunidad de prueba de descargo o conocer los cargos efectuados, a permanecer en libertad durante el proceso mediante una fianza razonable, a que los registros y pesquisas judiciales se realicen de modo que se ofrezcan las garantías y a que los arrestos se practiquen por orden judicial compatible con la exigencia del debido proceso". "Exposición de Motivos del Proyecto de Código Procesal Penal". Ministerio de Justicia. San Salvador El Salvador. 1997 p V.

23. Sobre los principios que informan el proceso penal desde una perspectiva constitucional MONTECINO GIRALT Manuel Arturo "Principios procesales que rigen el código procesal penal" en "Ensayos Doctrinarios. Nuevo Código Procesal Penal. AA. VV. ARSJ-UTE. San Salvador. El Salvador. 1998 pp 61 a 88.

inmediación, de oralidad, de concentración y continuidad, de identidad física del juzgador, de publicidad del debate, de libertad de prueba, de comunidad de prueba, de sana crítica, de in dubio pro reo, de inviolabilidad de defensa, de contradicción y de fundamentación de la sentencia²⁴.

La estructura fundamental de la normativa procesal penal es la siguiente: Se establece como forma general de procedimiento, el juicio común²⁵, el cual responde a un modelo unificado que se sintetiza así, actos iniciales de investigación, la instrucción formal, la etapa intermedia, el juicio plenario, la etapa impugnativa y la ejecución de la sentencia; toda esta actividad se concentra en tres grandes audiencias que realizan jueces diferentes en atención al grado de desarrollo del procedimiento, en tal sentido la habilitación del procesamiento para pasar a la etapa de instrucción la conoce el juez de paz en audiencia inicial, correspondiendo la instrucción formal al juez de primera instancia; la decisión de si una persona acusada comparece a juicio la asume el juez de instrucción en la audiencia preliminar; y el desarrollo del juicio y la decisión de si una persona es absuelta o declarada culpable corresponde a los tribunales de sentencia en la audiencia de vista pública.

De esa manera se ha configurado un proceso penal en el cual se pretende gestionar la redefinición de los conflictos penales de una manera democrática, acorde al sistema republicano que establece la Constitución para el Estado de El Salvador, el cual tenga como eje central el respeto de la dignidad de la persona humana —víctimas o imputados— en el cual puedan ser garantizados de manera razonable los intereses individuales como colectivos, para lo cual se requiere que el sistema penal funcione como tal y permita un grado aceptable de confiabilidad de los gobernados²⁶, para lo cual se requería de un cambio de un modelo que evitara el autoritarismo y el abuso de poder y quedara sometido al derecho²⁷.

24. Exposición de Motivos del Proyecto de Código Procesal Penal". Ministerio de Justicia. San Salvador El Salvador. 1997 p VI a VIII.

25. Excepcionalmente se determinan los procedimientos especiales que se reducen al procedimiento abreviado, el procedimiento por delitos de acción privada, el antejuicio, el procedimiento para imponer medidas de seguridad y el juicio por faltas.

26. Esa necesidad se había reconocido al realizarse los diagnósticos respectivos de la legislación procesal salvadoreña y de los problemas que presentaba la administración de justicia y por ello se expresaba que: "El ciudadano salvadoreño, se ha sostenido no confía en el sistema actual de justicia como un componente social en el cual pueda acudir para suplir una necesidad insatisfecha o un conflicto interpersonal. El ciudadano requiere de un sistema jurídico que lo defienda positivamente de la delincuencia y del incumplimiento generalizado de la ley, incumplimiento que no ocurre en todos los casos, porque la ley penal y procesal penal sean totalmente inadecuadas, sino porque también se carece de un verdadero sistema de investigación que permita recolectar científicamente la prueba en relación a los hechos denunciados, se carece de un verdadero sistema de persecución que permita evitar la fuga de los imputados o citar los testigos del hecho por que se carecen de los verdaderos mecanismos de coordinación entre la policía, la Fiscalía y jueces, para aprovechar en mejor forma los recursos disponibles. Todo ello ha convertido a nuestro actual proceso penal de corte inquisitivo, lento, burocrático y formalista que todavía sigue los patrones de la legislación colonial". Exposición de Motivos del Proyecto de Código Procesal Penal". Ministerio de Justicia. San Salvador El Salvador. 1997 p IX.

27. En tal sentido Discurso del Señor Presidente de la República Doctor Armando Calderón Sol ante la Asamblea

II. CUESTIONES PENALES.

4. Problemas en la sistemática penal.

4.1. Cuestiones preliminares.

Desde la atalaya del derecho penal, los problemas que se han suscitado son sumamente complejos, por lo que aquí solamente podrán bosquejarse algunos, sin embargo pueden reconducirse, a un mal uso de la política penal, que se ha confundido con la política criminal, y ello ha llevado a plantear, un esfuerzo de reforma penal, que desnaturaliza los cimientos de la dogmática jurídico-penal; lo anterior, vuelve ineficaz al derecho penal, al inducirlo a tareas que en las consecuencias, no podrá cumplir, con lo cual se genera el fenómeno de la deslegitimación del mismo sistema penal²⁸, al final hay un abuso del Estado y de sus funcionarios del derecho penal, presentándolo como una especie de medicina social, ante graves problemas que no responden a una lógica normativa de solución; dicho de manera más técnica, se ha excedido el uso simbólico de la norma penal²⁹, lo cual es censurable en atención a que se trata de medidas "populistas penales", que generan como perniciosa consecuencia, encubrir las verdaderas causas de la criminalidad, y al final únicamente se agudiza el problema.

Una breve remembranza indicará, que en El Salvador, las leyes se han venido endureciendo, desde la década de los años ochenta, y ello no ha mermado los índices de criminalidad, al contrario, cada vez el fenómeno del delito, aparece como una reacción más violenta. Ciertamente, porque nos preocupa la cuestión de la seguridad ciudadana, deben indicarse estos tópicos, por que el recurso al endurecimiento de las leyes, no es una opción que de verdad enfrente a la criminalidad; en este sentido se aproximaran algunos problemas presentado a partir de la reforma penal.

4.2. La reforma penal como instrumento esencialmente reactivo al crimen.

Una primera aproximación, a la reforma penal, indica que las

General de las Naciones Unidas -24/09/98- en la cual expresó: "en El Salvador se han producido profundas transformaciones, que han tenido como resultado la sustitución del autoritarismo, el abuso de poder, y la impunidad, por un sistema fundamentado en el estricto respeto a la ley y a los principios y valores de la democracia".

28. Ver HASSEMER Winfried "Críticas al Derecho Penal de Hoy". Traducción de Patricia Ziffer. AD-HOC. Segunda Edición. Buenos Aires. Argentina. 1998 ps 59 a 60.

29. Confrontar TERRADILLOS BASOCO Juan "Función simbólica y objeto de protección en el derecho penal" en "Pena y Estado". Editorial Conosur. Santiago de Chile. 1995 p 10.

mismas son meramente reactivas, realizadas sin una base empírica seria, es decir hay carencia de estudios de contenido, que desde la criminología con sus aportes empíricos, la política criminal, la política penal, y otras disciplinas de la "enciclopedia penal", puedan informar, sobre la necesidad de orientar una reforma penal hacia situaciones problemáticas determinadas, estudiadas y valoradas, que ameriten una determinada reacción estatal, ante la no funcionalidad de una norma. Sólo de esa manera, puede aproximarse realidad normativa a realidad social, y ello obviamente deberá respetar el marco de los principios constitucionales, que limitan al propio Estado, desde la Constitución, en cuanto a la configuración de la intervención penal, en las libertades y derechos de los ciudadanos.

En el ámbito penal, la reforma ha sido completamente disfuncional, parece que los postulantes de la reforma, han olvidado que la dogmática penal es por naturaleza intrasistemática, con lo cual se quiere indicar, que una reforma en un tópico determinado, generará consecuencias en otros aspectos, es por ello que la sistemática penal, no puede ser construida al capricho o arbitrio de quien ejerce el poder, puesto que la dogmática penal, sólo se justifica por su racionalidad, y es que los derechos de los gobernados, que se han sometido a una Constitución, y que han cedido parte de sus libertades, no pueden quedar a un poder discrecional, que se justifique sólo por que se ejerce el mismo, bajo la idea de *potestas absoluta*.

Para muestra de la disfunción precitada, basta indicar que mediante reforma legal, se criminalizaron la proposición y conspiración para cometer homicidio, y algunos delitos contra el patrimonio; en ambos, la pena que se asoció como consecuencia jurídica, fue la misma que tiene signada la pena del delito consumado; con ello se ha hecho disfuncional, la tentativa, que es un acto más grave, que las resoluciones manifestadas, y que ahora tiene una pena inferior, obvio es que tal manera de legislar, afrenta en el fondo los principios de lesividad y de proporcionalidad, que emanan de la Constitución, mismo instrumento que todo funcionario debe respetar en primacía.

4.3. El aumento de la pena privativa de libertad y el uso del derecho penal simbólico.

Se han incrementado de manera excesiva las penas de prisión, para algunos delitos hasta en cincuenta años, para otros hasta sesenta y cinco, y de manera concursal hasta un límite de setenta y cinco años. La Constitución salvadoreña, esta erigida sobre un aspecto fundamental,

el respeto a la dignidad de la persona humana, esa visión de Estado sólo corresponde a aquellos, que pretenden erigirse como verdaderos Estados democráticos y republicanos, obviamente penas de este alcance, no respetan esa esencia de dignidad humana, puesto que ya no sólo restringen, un derecho fundamental del ser humano, como lo es la libertad, sino que lo aniquilan, afectando el núcleo esencial de dicho derecho, que es pilar de toda democracia.

Si la prohibición de la pena de prisión perpetua existe en la Constitución –artículo 27– prevalece por que sobre todo, protege la esencia de la libertad, que garantiza el artículo 2 Cn, el cual sólo se predica si entendemos, que el ser humano es una persona digna, por el sólo hecho de ser persona, y como tal el Estado no puede aniquilar un derecho, que ontológicamente le pertenece. Esa misma dignidad de la persona humana, como origen y fin del Estado, es la que subyace en la visión de resocialización, como fin esencial de las penas, obviamente, cuando se emiten penas de amplio espectro, se está alterando el principio de resocialización de la pena, puesto que la privación de libertad extensa, aniquila al ser humano, haciendo nugatoria su inserción al tejido social.

La concepción de una pena con fines de resocialización, que respete la autonomía ética de la persona, es una tendencia humanitaria de la pena –yo diría no sólo humana, sino cristiana en la lógica del *homo plus*– y esa es la tendencia personalista y humanista, que respecto de las penas ha preferido la Constitución, porque desde su opción, el hombre es el fin último del Estado, aunque sea un hombre delincuente. Por esas mismas razones, es que no puede admitirse, que la pena en su aspecto cualitativo, esté sujeta a un régimen especial, que propugna por la prisión en aislamiento, y con privación de otros derechos fundamentales, que incluso se transfieren a seres inocentes –los familiares del condenado que no han delinquido– y que por el efecto de doble vía, de la pena verán también menguados sus derechos.

Uno de los aspectos esenciales de la contra-reforma ha sido “endurecer” la pena privativa de libertad, lo cual ha significado que la pena de prisión haya alcanzado un parámetro extenso en cuanto a su duración, éste ha sido el principal mecanismo presentado por la reforma penal para contener a la “delincuencia”, con un discurso penal de sanciones sumamente drásticas que es atractivo al ideario de la población en general, que cree que con sanciones más enérgicas la criminalidad va disminuir³⁰.

30. De manera comparativa sobre el mismo fenómeno al cual denomina “populismo y politización” ver DIEZ RIPOLLES José Luis “La Política criminal en la encrucijada” B de F. Buenos Aires. Argentina. 2007 pp 79 a 82.

En tal sentido la pena privativa de libertad ha pasado por un proceso de endurecimiento en las principales figuras penales, lo cual se ha hecho más notorio en la figura de la acumulación de penas³¹, en los cuales los límites se han ido extendiendo bajo la idea de que a mayores penas disminuirá el nivel del crimen.

Desde la perspectiva jurídica es difícil sostener que una pena de setenta y cinco años de prisión, no es una pena en su sentido material “perpetua”, tal aspecto formal no enunciado con el *nomen iuris* que le corresponde en sólo un fraude de etiquetas, o como se diría por los entendidos en la materia un fraude de ley a la Constitución, es difícil también explicar desde la racionalidad, como una pena de setenta y cinco años de prisión, puede alcanzar los fines de la readaptación del condenado, por cuanto este es la función esencial que la Carta Magna deriva de la prisión, la crisis del modelo de la resocialización no tienen el poder de derogar un principio constitucional, la prevención general también es un modelo en crisis, y no es el esencialmente declarado en materia de constitucionalidad. Las más modernas teorías sostenidas de *lege ferenda* no pueden abrogar el contenido de un principio constitucional. Así visto, cuesta explicar como un ser humano podrá ser readaptado tras cumplir setenta y cinco años en prisión, y que proyecto de vida podrá asumir una persona que estará recluida tres cuartos de siglo, es plausible que las cárceles geriátricas se volverán una realidad en el país.

Pero la exacerbación punitiva no solo se ha limitado a ampliar de manera desproporcionada los límites de la pena privativa de libertad, también en el ámbito del régimen de cumplimiento de penas, la pena de prisión ha sufrido una modificación sustancial, que consiste en una forma especial de cumplimiento de pena, que se materializa en el aislamiento, de tal manera que la persona condenada por ciertos delitos o por integrar ciertas formas de criminalidad, deben de cumplir la pena privativa de libertad en una celda o pabellón de aislamiento³², con lo cual el régimen de cumplimiento de penas, en el sentido de tratamiento para la rehabilitación del delincuente se modifica por una especial forma de internamiento que

31. Respecto del concurso real de penas, la figura original tenía un máximo de acumulación de treinta años de prisión. La reforma del Decreto Legislativo N° 280 publicada en el Diario Oficial N° 32 Tomo 360 del 13 de febrero de 2001 estableció como límite mayor de acumulación la pena de treinta y cinco años de prisión. El Decreto Legislativo N° 486 del dieciocho de julio de 2001 publicada en el Diario Oficial N° 144 Tomo 352 del 31 de julio de 2001, estableció como límite máximo de acumulación la pena de setenta y cinco años de prisión.

32. A esos efectos el Decreto Legislativo número 486 del dieciocho de julio de 2001 publicado en el Diario Oficial número 144 Tomo 352 del 31 de julio de 2001 en el artículo 45 N° 1 CP dispuso: “La pena de prisión cuya duración será de seis meses a setenta y cinco años de prisión. En los casos previstos por la ley el cumplimiento de la pena será en una celda o pabellón de aislados debiendo cumplirse desde su inicio no menos del diez por ciento de la condena”.

en este caso es total, por cuanto comporta un aislamiento de la persona que es confinada a una celda en un encierro solitario por un tiempo que legalmente estaría determinado como mínimo el diez por ciento de la condena y como máximo todo el periodo de prisión; los casos para los cuales aplica el régimen especial de internamiento, el cual está referidos a delitos determinados³³ y establece una aguda restricción de los derechos fundamentales con fundamento en el aislamiento carcelario³⁴ con lo cual se segrega al condenado del resto de internos quedando plenamente incomunicados³⁵, lo anterior es claramente violatorio del derecho a la dignidad humana y así se ha reconocido reiteradamente en el derecho internacional de los derechos humanos.

También la exacerbación punitiva se ha manifestado en la determinación de que la pena privativa de libertad que se impone a una persona condenada sea cumplida en su totalidad sin posibilidad alguna de que la persona condenada con el tratamiento penitenciario progresivo de que es sujeto, pueda lograr un subrogado penitenciario, en este caso las posibilidades de la libertad condicional en todas sus formas, es imposible por cuanto en atención a determinados delitos, el interno debe permanecer en prisión toda la condena, con lo cual los fines de rehabilitación o resocialización y el progreso del condenado no tienen ninguna relevancia, por cuanto por ley se determina una prohibición expresa para que se aplique la libertad condicional, con lo cual el régimen de cumplimiento de la pena de prisión es absoluto³⁶.

33. Así por Decreto Legislativo N° 488 del 18 de julio de 2001 publicado en el Diario Oficial número 144 Tomo 352 del 31 de julio de 2001 en el artículo 103 de la Ley Penitenciaria se prescribe: "Los internos que sean enviados a los Centros de Seguridad por su alto índice de agresividad o peligrosidad o hayan sido condenados por delitos de narcotráfico, crimen organizado, homicidio agravado, violación, secuestro, o que fueren reincidentes estarán sometidos a un régimen de internamiento especial de conformidad al artículo 45 del Código Penal..."

34. Las limitaciones que se determinan como parte del régimen de internamiento especial son las siguientes: "1) el cumplimiento aislado de la pena en una celda o pabellón especial; 2) Restricción a su libertad ambulatoria dentro del centro de detención; 3) Prohibición de obtener información televisada y el material escrito que reciban deberá ser supervisado; 4) comunicaciones telefónicas internas supervisadas o monitoreadas; 5) Las visitas familiares sólo podrán ser realizadas ante la presencia de custodio con separación que evite el contacto físico; y 6) en ningún caso se permitirá la visita íntima".

35. Es por ello que en la norma precitada se dice en su inciso final: "En cumplimiento a lo establecido en el presente artículo, el ejercicio físico y salidas a áreas exteriores se hará de manera restringida, separada del resto de reos, evitando en todo momento el contacto físico con el resto de internos".

36. Tal cuestión se encuentra definida de la siguiente manera: a) en el artículo 92-A cuyo Decreto Legislativo se publicó en el Diario Oficial N° 183 del Tomo 345 del 4 de octubre de 1999 reza: "No se aplicará el artículo 85 a los sujetos reincidentes, habituales, a los que hayan conciliado, antes del nuevo delito en los últimos cinco años una infracción similar, o a los que pertenezcan a organizaciones ilícitas o con finalidad ilícita, bandas, o pandillas criminales, a los que realicen su conducta en grupo de cuatro o más personas, en los casos de delitos que lesionen o pongan en peligro la vida, la integridad personal, la libertad ambulatoria, la libertad sexual o el patrimonio. Se considera reincidente o habitual al sujeto que cometa el hecho punible en las circunstancias establecidas en numeral 16 del artículo 30 de este Código". En el mismo sentido la reforma del artículo 149 CP establece además de la pena de prisión que se aumenta, una limitación a los beneficios penitenciarios, así se dice en el texto "... en ningún caso podrá otorgarse al condenado el beneficio de la libertad condicional o libertad condicional anticipada".

4.4. La expansión de las tipificaciones penales simbólicas.

Otro aspecto fundamental de la contra-reforma ha sido la creación indiscriminada de tipos penales, ha ocurrido en la política penal del Estado una vocación por resolver todo tipo de conflictos recurriendo al derecho penal³⁷ con lo cual se ha masificado la creación de conductas delictivas; en tal sentido la respuesta que los órganos de gobierno presentan a la población ante los problemas que se suscitan en la interacción de los grupos sociales, es recurrir a la represión penal para dar solución a esos problemas, el enfoque de solución mediante la creación de delitos ha quedado claramente expresado en el discurso político y por ello han proliferado una cantidad ingente de figuras penales tanto como si se crean nuevas figuras delictivas como si se amplía el supuesto del merecimiento de la norma penal³⁸.

La respuesta general a toda la conflictividad social ha sido una especie de huida hacia el derecho penal que no es ajena a otras experiencias, pero que en nuestro caso denota una profundización de la represión penal la cual se presenta como la solución al conflicto, y en tal sentido la política penal de reforma ha sido la bandera esgrimida para reducir los niveles de violencia y de criminalidad.

Es por ello que ante los problemas crecientes que se suscitan al interior del orden social y del funcionamiento de las instituciones, la respuesta sostenible ha sido más derecho penal, se ha confiado en el carácter del contenido simbólico del derecho penal como la opción más adecuada para enfrentar la problemática social del país, así se han creado nuevos delitos, extendiendo la punibilidad en otras figuras ya existentes, y mediante legislaciones especiales se ha implementado una reforma penal desmesurada y discontinua³⁹.

De ahí que con el proceso de contra-reforma se haya dado paso a una verdadera "avalancha" de tipos penales que han sido aprobados por

37. Ver dicha tendencia como informa RIVERA LLANO Abelardo "Derecho Penal Posmoderno". Editorial Temis. Bogotá. Colombia. 2005 pp 16 a 17.

38. Sobre esa forma tecnológica de presentar soluciones normativas a necesidades configuradas ver PITCH Tamar "Responsabilidades limitadas". Actores, conflictos y justicia penal. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2003 pp 126 a 130.

39. No es nuestra intención citar aquí todas las figuras penales creadas, ello sería una tarea hercúlea, empero se señalarán las figuras más simbólicas de la reforma de creación de nuevos delitos, advirtiéndose que en algunos casos, esas mismas figuras penales han sido objeto de otras reformas para ampliar aún más la gama de conductas punibles. Art. 147-A "El que dispare un arma de fuego contra una persona sin intención homicida que pueda deducirse de las circunstancias en que el disparo fue ejecutado, será sancionado con prisión de uno a tres años, siempre que no causare daño personal. Quien de forma injustificada alguna, dispare arma de fuego en lugar habitado, en su vecindad, o en la vía pública o en sitios público frecuentado, será sancionado con prisión de seis meses a dos años. Si Resultaren lesiones el hecho se considerará por regla general como homicidio tentado a menos que el juez estimare por la situación de las lesiones, por la poca gravedad de éstas o por otras circunstancias que no hubo intención de matar. En este caso se aplicará la sanción que corresponda al delito de lesiones cuando éstas tengan mayor pena que el delito de disparo; pero si las lesiones tuvieran menor

la mayoría del poder legislativo⁴⁰, siendo la característica común de dichas figuras delictivas, su escasa técnica legislativa, la vaguedad de su contenido, y el incremento de las sanciones, ello ha sido objeto de diversos cuestionamientos, empero el proceso de reforma de las incriminaciones penales ha sido elefantásico, sin que parezca dar señales de racionalidad, puesto que a cada situación problemática se responde con la creación de una nueva figura penal, como si la construcción de tipos penales, fuera una especie de "pomada canaria" para el fenómeno del conflicto.

El otro aspecto importante es la extensión de las incriminaciones penales a áreas de la conducta criminal en las cuales la intervención del derecho penal es excepcionalísima⁴¹, nos referimos a la punición de actos previos a la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, que son niveles para los cuales la respuesta penal es reducida; con la expansión

pena, se aplicará la regla del concurso ideal de delitos". Artículo 170-A "La mera oferta u ofrecimiento de servicios de prostitución ajena será sancionada con prisión de cuatro a ocho años. La mera demanda o solicitud de servicios de prostitución será sancionada con la misma pena del inciso anterior". Artículo 214-B "El que en vehículo automotor de carga condujere mercadería sin la debida documentación que ampare la legítima propiedad o procedencia de la misma, sin importar la cantidad será sancionado con una pena de dos a cuatro años de prisión". En el artículo 221 CP relativos a la figura de daños el supuesto siguiente: "En igual sanción incurrirán los individuos que dañaren bienes muebles o inmuebles, públicos o privados, mediante cualquier inscripción de palabras, figuras, símbolos o marcas fueren estos gravados o pintados" —la pena es de seis meses a dos años de prisión. Artículo 238-A "El que interfiriere, alterare, modificare o interviniere cualquier elemento del sistema de una compañía que provee servicios de comunicaciones con el fin de obtener una ventaja o beneficio ilegal, será sancionado con prisión de tres a seis años. Igual sanción se aplicará al que activare o configurare indebidamente teléfonos celulares robados, hurtados, perdidos o provenientes de acciones ilícitas. Cuando se determinare que el uso de comunicaciones a que se refiere el presente artículo esté relacionado con los delitos de crimen organizado, la pena se aumentara hasta en una tercera parte del máximo" —la pena actualmente se ha aumentado de cuatro a ocho años de prisión.— Artículo 287 "El que conocimiento de la falsedad y sin haber intervenido en ella, hiciera uso o tuviere en su poder un documento falsificado o alterado sea público, autentico o privado será sancionado con prisión de tres a cinco años de prisión". 238-A "El que indebidamente tuviere en su poder o usare uniformes verdaderos o simulados, de la Policía Nacional Civil, de la Academia Nacional de Seguridad Pública, de la Fuerza Armada, y de los diferentes elementos de personal que están regulados en la Ley de los Servicios de Seguridad del Estado, Instituciones Autónomas, y de las municipalidades y de la ley de los servicios de privados de seguridad será sancionado con cincuenta a cien días multa. Si dichos uniformes fueren usados con el fin de cometer un delito, la sanción imponible será de uno a tres años de prisión, sin perjuicio de la pena que correspondiere al delito cometido". Artículo 318 "El que procurare, facilitare o permitiere la evasión de una persona detenida o condenada será sancionado con prisión de cinco a diez años". Artículo 318-A "El que en forma culposa permitiere la evasión de una persona detenida o condenada será sancionada con prisión de uno a tres años". Artículo 345 en lo relativo al delito de agrupaciones ilícitas que regulan las conductas siguientes: "En la pena del primer inciso incurrirán los que en compañía de una o más personas sin justificación alguna, merodearen, acecharen, o se apostaren con gorros, pasamontañas, aparatos de miras telescópicas, o visores nocturnos, cargadores o armas de fuego, registradas o no, en carreteras, caminos rurales o pasajes urbanos, oscuros, favorables para la comisión de delitos" —la pena es de seis a doce años de prisión—. El artículo 348 "Los que actuando en grupo y con el fin de atentar contra la paz pública alteraren el orden público, obstaculizando las vías públicas, o los accesos a las mismas o invadiesen instalaciones o edificios a fin de provocar desordenes públicos serán sancionados con prisión de dos a cuatro años. Los que conformaren pandillas armadas, en pueblos, ciudades, vecindarios o zonas pobladas a fin de provocar desordenes e intimidación a las personas serán sancionados con prisión de dos a cuatro años".

40. Este fenómeno del expansionismo penal se encuentra claramente reconocido como una de las formas predilectas del poder político para presentar soluciones mediáticas a los problemas sociales, pero con un claro sentido selectivo. Sobre esas formulaciones. MAIER Julio Bernardo "Constitución y Procedimiento Penal" en Humanismo y Derecho Penal. Homenaje in memoriam a Henry Issa El Khoury Jacob. Compilador. Alfredo Chirino Sánchez. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2007 pp 63 a 66.

41. ARCE VIQUEZ Jorge Luis, CHIRINO SANCHEZ Alfredo "Los problemas de la política criminal del peligro: consideraciones en torno a la punibilidad de los llamados actos preparatorios como delitos independientes" en Nueva Doctrina Penal. 1999-A. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1999 pp 32-34 y 47.

de las figuras penales de carácter radicalmente preventivista, ello es ahora una opción que se vuelve más usual para el legiferante, sancionar aquellas conductas que son previas a los actos de inicios de ejecución del delito, y aún más las sanciones que se disponen para tales figuras son del mismo rango que para los delitos consumados, de tal manera que las penas entre aquellas conductas que lesionan un bien jurídico o lo ponen en peligro, y aquellas que son actos previos a esos estadios tienen un mismo disvalor, tal forma de punir ha dejado de ser excepcional y se vuelve común abarcado hasta familias enteras de delitos.

4.5. La reforma penal sexual.

En materia de delitos sexuales la reforma penal ha sido asistemática, ello ha generado problemas de aplicación de la ley respecto de conductas que no se encuentran claramente diferenciadas, uno de los errores de dicha reforma ha sido partir de la base de que los menores de edad no encuentran tutela de sus derechos sexuales en el ámbito penal, lo anterior resulta no ser cierto y al final la medicina ha resultado peor que la enfermedad, se han confundido los planos de mínimos éticos a partir de los cuales interviene el derecho penal, por los mínimos de una moralidad ni siquiera decimonónica, en materia de sexualidad, los menores han sido declarados por la ley seres no pensantes, sin conciencia y sin capacidad cognitiva, algo que resulta difícil de explicar cuando a esas mismas personas en el plano de la responsabilidad desde la perspectiva del derecho penal juvenil se les considera —como debe de ser— sujetos responsables, aunque su responsabilidad sea graduada de manera diferente.

En el derecho penal sexual de la actualidad, se converge desde una perspectiva de política penal que concurren diferentes grados de protección penal respecto de la libertad y de la indemnidad sexual, y por ende los grados de intervención del derecho penal también son diferentes, ello es una consecuencia del principio de fragmentariedad, lo cual significa que no todos los bienes jurídicos se defienden de la misma manera y en la misma medida. Así una primera forma de defensa la representan aquellas conductas que entrañan violencia, es decir se trata del modelo de agresión sexual, en ella la edad es indiferenciada, no importa la edad para ser pasivo de un delito de violencia sexual. La violencia *ope legis* opera a un nivel en el cual usualmente se determina la ausencia esencial de un desarrollo cognitivo, y el mismo es compatible con la exigencia de responsabilidad, de ahí que antes de los doce años sea un parámetro aceptado en la generalidad para entender viciado cualquier tipo de

consentimiento.

En los delitos de abuso sexual lo anterior se manifiesta claramente cumplidos los doce años, la protección penal discurre por la figura del abuso, en una franja reducida de protección, usualmente hasta los quince años, la protección es más amplia, pero encuentra límites, en el mayor desarrollo síquico de la persona, que a esa edad es un joven, y de ahí hasta los dieciocho años, la protección penal permanece aunque mitiga a formas excepcionales por las cuales la voluntad del pasivo puede ser afectada para sostener un acceso carnal.

Los aspectos anteriores han sido desconocidos por la reforma penal sexual, la edad de los pasivos en relación a los delitos de violación y agresión sexual se elevó hasta los quince años, con lo cual el consentimiento para personas mayores de doce y menores de quince ora en un acceso carnal o en actos lascivos, queda enervado, es decir que para el derecho penal en materia sexual, estos jóvenes son llanamente unos "alienados"⁴², y paradójicamente estas mismas personas serán capaces de responsabilidad en el derecho penal juvenil si cometen un delito de naturaleza sexual, y como el tipo penal no se estructura sobre la base de un genero determinado, mujeres y hombres de más de doce y menos de quince años, incapaces para consentir una relación sexual, deberán responder penalmente en el caso de cometer esos mismos hechos en un pasivo de su misma edad.

4.6. La abstracción de la dogmática penal.

Un aspecto a destacar, es el conocimiento de la sistemática penal, como principio rector para una debida investigación del delito. Normalmente, la cuestiones atinentes a la teoría jurídica del delito, parecen cuestiones áridas, abstractas, que sólo deben ser discutidas en aulas universitarias o en charlas de bibliotecas; sin embargo, al proceso penal, lo que las partes van a probar o rebatir, son cuestiones propias del derecho penal, por ejemplo, al fiscal le interesa probar que un acusado es autor de un delito o coautor material o funcional del mismo, a la defensa en cambio establecer que no ha mediado esa clase de autoría o que únicamente ha concurrido una complicidad y en grado no necesario.

42. El termino lo utilizamos en su sentido psiquiátrico como el que designa cualquier alteración mental que pone al sujeto en la imposibilidad de llevar una vida normal y participar de manera común y corriente en las relaciones sociales.

Así, en los estrados, se discuten cuestiones atinentes a dolo, culpa, tentativa, consumación, imputación objetiva del resultado, infracción de los deberes de cuidado, calidades especiales de los sujetos, circunstancias agravantes o atenuantes, eximentes de responsabilidad penal, errores de tipo o de prohibición, imputabilidad o inimputabilidad, de dosimetría de pena, etcétera. De ahí la importancia, que los operadores tengan una base mínima, de los contenidos de la dogmática penal, para poner un claro ejemplo, quien no tenga claridad respecto de cómo está estructurado un delito, como podrá investigarlo.

III. CUESTIONES PROCESALES.

5. Problemas del proceso penal.

5.1. Déficit en la investigación del delito.

Una de las áreas más críticas para enfrentar la realidad de lo criminal, es la investigación del delito, con lo cual se quiere señalar, la importancia esencial, que tiene para un Estado Constitucional y para una sana democracia, el hecho de que el fenómeno del delito, sea correctamente manejado en cuanto a su investigación⁴³; lo cual permita descubrir, no sólo la materialidad de los hechos punibles, sino también la identificación de los presuntos partícipes de los mismos –vocablo usado en sentido amplio– y la ubicación de todas las fuentes probatorias, que permitan formular en su momento, las correspondientes imputaciones.

Sin embargo es oportuno hacer notar –desde nuestra opinión– que en esta área vital, se presentan serios déficit, en cuanto a las tareas de investigación policial, respecto de la criminalidad convencional y no convencional. Ciertamente debe dejarse en claro, respecto de este apartado, que la función de investigar el delito, le corresponde con exclusividad a Fiscalía General de la República, con el auxilio de la Policía Nacional Civil –aunque con control jurisdiccional–; el *ius persecuendi* y la *jurisdictio* son funciones diferentes pero vinculadas en el ejercicio del poder punitivo del Estado, al menos ese es el programa de persecución del delito y de juzgamiento del mismo, que erige la Constitución al formalizar el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, por el cual, el poder de investigación y ejercicio de la acción penal, corresponde al Ministerio Fiscal con colaboración de

43. En tal sentido ver CAFFERATA NORES José I, "Prevención y castigo del delito y seguridad ciudadana" en "Justicia Penal y Seguridad Ciudadana". Editorial Mediterráneo. Córdoba. Argentina. 2000 ps 33 a 34.

la policía en lo atinente a la averiguación del delito⁴⁴; y el poder de control sobre esos actos y de decisión es competencia del órgano jurisdiccional bajo un modelo de debido proceso legal⁴⁵.

En materia de investigación del delito, la situación problemática que se presenta es compleja, y provoca consecuencias importantes, respecto de cómo enfrentar la criminalidad; y precisamente, esa disfuncionalidad en cuanto a la tarea de pesquisar los hechos criminales, tanto por la Fiscalía como por la policía, resulta de impacto, puesto que en el esclarecimiento del delito, tiene especial relevancia, la adecuada investigación del mismo, lo cual no está ocurriendo, y ello permite amplios márgenes de impunidad, que no abarcan ya la terminología de hechos no esclarecidos, por cuanto las falencias de la investigación, son yerros propios –aunque superables– de parte de los entes encargados de la investigación del delito.

Ciertamente, una eficaz investigación de un hecho criminal, se erige desde el inicio de las investigaciones, ese período es decisivo para que los hechos criminales, puedan ser debidamente investigados y esclarecidos⁴⁶, de ahí, la enorme responsabilidad y profesionalidad, para determinar la investigación que habrá de realizarse, por que los defectos, falencias y omisiones que se verifiquen en esta época de la investigación, repercutirán decisivamente en el *iter* del procedimiento.

5.2. Procesamiento del escenario del delito.

Dentro de las deficiencias más relevantes, que se pueden señalar en este marco de investigación del delito, está el defectuoso resguardo y procesamiento de la escena del crimen, lo cual genera pérdida de evidencia valiosa, o contaminación de la misma⁴⁷. Sobre este tópico hay que decir, que se han tenido avances, pero tampoco debe creerse, que la custodia del escenario del delito, y el descubrimiento de evidencia, así como su no

44. Así lo dispone el artículo 193 Cn. que reza: "Corresponde al Fiscal General de la República: (3) Dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma en que determine la ley; (4) Promover la acción penal de oficio o a petición de parte".

45. El artículo 172 Cn prescribe que: "La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia Constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley.

46. Ver MORAS MOM Jorge R. "La Investigación en el Proceso Penal". Técnicas del descubrimiento. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1998 ps 33 a 34.

47. Con ese enfoque confrontar: Departamento de Justicia de los Estados Unidos de Norte América. "Panorama de Técnicas Investigativas". Versión Español para el Régimen Internacional para el adiestramiento en la Investigación Criminal (ICITAP) 1994 p 6.

contaminación, queden resguardados únicamente, por delimitar el lugar del hecho criminal con una cinta amarilla.

Creo que un punto esencial, que debe abordarse con mayor rigor y esscrúpulo, es el procesamiento de la escena del delito, este espacio físico, es rico en evidencia no sólo patente sino también latente, que espera su ubicación y descubrimiento, y para lo cual, se requiere una concienzuda labor investigativa, no importando el tiempo a invertir, ni el crimen a esclarecer. Tan importante es el escenario del delito, en la investigación de los crímenes, que sobre esa actividad se han manifestado postulados importantes, por ejemplo: 1) Que un gran porcentaje de esclarecer el hecho criminal radica en un debido procesamiento de la escena⁴⁸; 2) Que en la escena del delito siempre rige el principio del intercambio; 3) Que todo objeto vinculado a la escena del delito es importante para la investigación⁴⁹; 4) que los errores y omisiones de investigación en el escenario del crimen son generalmente irrevertibles.

Dos puntos más deben agregarse respecto de la escena del delito, uno de ellos, es que debe prestarse igual importancia, al área crítica del escenario del delito, como a las escenarios llamados mixtos o prolongados, y a la zona de liberación de la evidencia; y todas ellas deben ser pesquisadas con el mismo recelo⁵⁰. El otro ítem, es que la evidencia que se encuentra en la escena del delito, o en otros lugares de búsqueda de información probatoria, deben ser investigados con rigor, de nada sirve recolectar evidencias, que posteriormente no serán indagadas en la investigación, toda evidencia que es objeto de ocupación, debe ser razonablemente pesquisada y contrastada con la información del caso, para descartar o no su utilidad temporal o definitiva; si se obtiene evidencia, y nunca se investiga su procedencia y vinculación con los hechos, es una pérdida de tiempo o incluso de eficacia, en cuanto al esclarecimiento de los hechos, porque entonces nunca se sabrá, la información que podría desprenderse de ese elemento material.

También es importante señalar, que la impolitez de la prueba, es necesaria mantenerla desde el procesamiento de la escena, hasta su

48. Ver FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, POLICÍA NACIONAL CIVIL "Manual de Actuación en la Escena del Delito". Segunda edición actualizada. San Salvador. El Salvador. 2002 p 5.

49. Así GRODSKY Morris "La evidencia Física y la Investigación en el Lugar del Crimen". Departamento de Justicia de los Estados Unidos de Norte América. Versión Español para el Régimen Internacional para el adiestramiento en la Investigación Criminal (ICITAP) 1994 p 3.

50. Resaltando la importancia del procesamiento de la escena por ejemplo GÓMEZ LÓPEZ Luis Miguel "Técnicas en la Investigación del Delito" en "Ciencias Penales". Monografías. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador. El Salvador. 2001 p 310.

presentación en el debate, de ahí la importancia que se deba darle a la llamada cadena de custodia de la evidencia⁵¹, la cual descansa sobre la certidumbre de la prueba, fundamento esencial para determinar con veracidad, los hechos en juicio, una afectación esencial de la prueba en este sentido, será fatal para la convicción probatoria que pueda generar⁵²; de ahí también, la importancia de la debida presentación de la evidencia en el juicio oral, mediante mecanismos adversativos, lo cual ha sido ya justamente advertido por expertos en la materia⁵³.

5.3. El déficit del manejo de la prueba testimonial.

Otra situación que afecta la eficacia investigativa, es el no correcto manejo, de las fuentes de pruebas testimoniales, en este ámbito, los efectos pueden ser verdaderamente perniciosos, respecto del esclarecimiento de los hechos, o la acreditación de los mismos. La ubicación de una fuente probatoria testimonial, debe manejarse con sumo cuidado, dependiendo de los casos, muchas de las personas pueden ubicarse en la zona medular del escenario del delito, o en sus periferias, pero su ubicación y comunicación, debe hacerse con sigilo, para darle un ámbito de mayor discreción en ese momento, al posible testigo de algún hecho principal o periférico.

Aspecto fundamental en la obtención de una adecuada información, es la entrevista de la persona, este es un punto principal, por cuanto se trata de obtener la mayor información posible, respecto de lo que sabe la persona y como lo recuerda; debe considerarse que este acto, deberá estar documentado, como una versión con la cual podría sustentarse el caso, pero además, con la cual el posible testigo, podrá después ser confrontado inclusive en la etapa del debate.

De ahí que la importancia de este evento, debe asumirse con la mayor responsabilidad, la entrevista debe ser meticulosa, paciente, metódica, no inductiva, no apresurada, debe realizarse en un ambiente de cordialidad,

51. Ver FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, POLICÍA NACIONAL CIVIL "Manual de Actuación..." op. cit p 11 a 12.

52. Confrontar en tal sentido, la importante opinión respecto de la cadena custodia, como una expresión de garantía fundamental en CAMPOS CALDERÓN J. Federico "Cadena de Custodia de la Prueba. Su relevancia en el proceso penal. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2002 ps 19 a 23. En nuestro ámbito destaca la importancia de la cadena de custodia como un elemento esencial del aspecto probatorio SANDOVAL R. Rommel Ismael "La prueba Demostrativa y la Cadena de Custodia en el Juicio Oral Salvadoreño" en "El Informativo". PAS-DPK Consulting. Año 3 N° 1. Mayo. San Salvador. El Salvador. 2003 p 9.

53. Así QUIÑONES VARGAS Héctor "Observaciones al Proceso Penal Salvadoreño" en "El Informativo". PAS-DPK Consulting. Año 2 N° 3 Noviembre. San Salvador. El Salvador. 2002 p 12.

para el entrevistado y en un lugar adecuado para que se rinda la deposición de la persona; ello significa, que no pueden recibirse entrevistas de manera improvisada, y sin objetivos por parte del investigador, una buena entrevista ahorrara muchos costos al esclarecimiento de los casos⁵⁴.

Si la entrevista de posibles testigos, es un acto importante para el esclarecimiento de los casos, la preparación del testigo, que debe declarar en juicio, es fundamental para la sustentación de un caso, y esta actividad no es un acto que pueda ser asumida desde la improvisación, la misma preparación, está conectada inclusive al acto primigenio de la entrevista; en los sistemas de juicio oral, y aún más en aquellos que podrían tener una mayor tendencia adversativa, la preparación del testigo, es un acto esencial, puesto que la prueba, la ofrece, introduce, y produce la parte adversaria, sin esperar ninguna ayuda, del decisor del conflicto –el juez o tribunal– quien respecto de la prueba, únicamente mantiene una posición, de resolver las controversias que le planten las partes, en la etapa de ofrecimiento o producción de la misma; posteriormente el juez si tiene un actividad decisiva en su estimación, la cual ha quedado a salvo por cuanto la autoridad judicial, no es el sujeto que ha producido la prueba, y con ello mantiene inmaculada, la garantía esencial de la jurisdicción para con los gobernados, la imparcialidad.

En tal sentido la preparación del testimonio, de quien se ha ofrecido como órgano de prueba para rendirlo, es un acto imprescindible, tanto para quien acusa como para quien defiende, pero debe hacerse un aclaración, preparación no significa inducciones indebidas, respecto de la materia del testimonio, la preparación del testigo, no significa hacer declarar al testigo, un evento que no ha percibido, ello no sólo refiría con cuestiones éticas, sino que podría significar, participación –de quien así lo hace– en el delito de falso testimonio. Ciertamente en este aspecto de la preparación de la prueba testifical, hay una especie de crisis, que se advierte en la gestión de los fiscales o defensores públicos o particulares, respecto de sus testigos, la experiencia en los debates está demostrando –salvo en algunas excepciones– que los testificantes vienen a declarar, en una situación de impreparación absoluta, en algunos casos verdaderamente patéticos, el postulante del testigo desconoce, que ni siquiera su testigo tiene documento de identificación.

54. Una interesante guía sobre la entrevista que debe ser implementada por los operadores, puede verse en FISCALIA GENERAL DE LA REPUBLICA, POLICIA NACIONAL CIVIL "Manual de Investigación Criminal". San Salvador. El Salvador. 2003 44 a 66.

El fenómeno de la no preparación de los testigos, podría vincularse a aspectos como, saturación de casos, poco recursos, falta de interés, que hace inmanejable para el proponente la preparación del futuro testificante, sin embargo, para la suficiencia de la prueba ello no es justificante, para creerle menos o más a un testigo que ha sido desacreditado; esta realidad de saturación en el manejo de casos, obedece —en mi opinión— al descenso en la utilidad de mecanismos alternos al juicio, ello debido a incorrectas políticas penales legislativas, que han hecho disfuncional, estos instrumentos de solución anticipada del conflicto penal, así como las políticas propias del ente de persecución del delito, que se empeña en llevar todo a juicio, aun cuando ello sea excesivamente oneroso, resulte en absolución y se desproteja totalmente a la víctima en sus expectativas de alcanzar justicia, que en muchísimos casos podría alcanzarse mediante los modelos de justicia restitutiva —conciliación y reparación— los cuales debido a las políticas precitadas han caído en un franco anacronismo, coadyuvando a la crisis del sistema penal.

5.4. Investigación y medios de comunicación.

Otro aspecto relevante en la cuestión de la investigación, y en los alcances de la eficacia para esclarecer el delito, es la fuga de información valiosa, que los operadores en los actos de investigación proporcionan a los *mass media*, en los mismos albores de los hechos que se investigan, y aunque parezca insólito, a veces desde el ámbito mismo del escenario del delito.

Este punto que parece ha pasado inadvertido, es un "pecado mortal" para la investigación, y para los fines ulteriores de la misma; y es que el meollo del problema, no está en dar información, sino en la información que se brinda a los medios de comunicación social; es gravísimo por ejemplo, para la investigación, que ante la prensa escrita, radial o televisiva, se revelen datos peculiares, o cuestiones intrínsecas del escenario del delito, de la evidencia material procesada, de los posibles móviles de los hechos; puesto que con tales acciones, se revelan a todo "el mundo", detalles que sólo los investigadores y fiscales, deberían conocer sobre el caso, y que permitirían descartar o incluir sospechosos, o seguir determinadas líneas de investigación.

Empero, más parece que no se tiene verdadera conciencia de los alcances de las investigaciones, porque toda esa información que surge "a granel", podría volver inefectiva la misma investigación, en cuanto sirve por ejemplo para preparar coartadas, deshacerse de evidencia, o evadirse

de la justicia. La revelación de estos datos es algo sumamente delicado, puesto que permite conocer hasta los detalles más recónditos, de los hechos que se investigan. El fenómeno apuntando, es algo recurrente por los entes que investigan el delito, y más parece una forma de legitimar ante la opinión pública, una investigación en el sentido de "estamos haciendo algo", aunque para ello se brinde información valiosísima, que después puede perjudicar sensiblemente la investigación, o que se cierren *ab initio* líneas de investigativas, lo cual no es aconsejable desde el saber criminalístico, cuando se comienza a investigar un hecho, no pueden descartarse hipótesis⁵⁵, y mucho menos trasladar ese descarte a la opinión pública.

5.5. La importancia de la prueba pericial.

Otro aspecto esencial, en la investigación del delito, es el uso disfuncional que se le acuerda a la prueba científica, ello inclusive motivó desde la expectativa del legiferante una reforma legal para a su manera, impulsar la utilización de dicha prueba⁵⁶, la cual no es otra, que el uso de las técnicas periciales para la investigación del delito. Es importante dejar señalado, la trascendencia de la llamada "prueba científica", para la investigación y esclarecimiento de los hechos delictivos, pero ello pasa por tener claridad, de cómo se usa dicha evidencia, la obtención de prueba por medios periciales, sirve de muy poco, si no se recolecta, preserva y compara adecuadamente, o si por ejemplo, sólo se obtiene el material incriminado, se tienen especies de "islas", que nada aportan a la solución del caso; de ahí que, el uso de la prueba científica, pase por una decisión de dotar adecuadamente al sistema penal, de los instrumentos idóneos para investigar el delito.

Ya es tiempo que se decida la creación del Instituto de ciencias forenses, dotado de todos los recursos, y que funcione de manera autónoma a los órganos de investigación, para asegurar una verdadera transparencia, en la investigación de todos los casos que deban de conocer, incluyendo aquellos donde se puedan ver involucrados funcionarios o empleados del mismo Estado, la subordinación del Instituto de ciencias forenses respecto

55. Así GASPAR GASPAR "Nociones de Criminalística e Investigación Criminal". Editorial Universidad. Buenos Aires. Argentina. 1993 p 101.

56. En lo pertinente la reforma del artículo 162 inciso segundo CPP dice: "Los jueces darán especial importancia a los medios de prueba científica, pudiendo asesorarse por especialistas, si ellos no lo fueren, para decidir sobre las diligencias de investigación que deban encomendar al fiscal o sobre la práctica de actos de prueba definitivos o irreproducibles, práctica de prueba para mejor proveer y para reconocer adecuadamente los elementos de prueba derivados de dichos medios".

de quienes dirigen la investigación no resulta adecuada cuando a quienes se debe investigar son a las mismas autoridades que dirigen la investigación penal, de ahí que, es menester que un Instituto de ciencias forenses en el cual se unifiquen todas las disciplinas que tienen vinculación a la criminalística pueda funcionar de una manera autónoma respecto de la policía y la fiscalía, ello es una muestra clara de transparencia en la gestión de los asuntos públicos.

5.6. La dirección funcional del ministerio fiscal.

Punto importante en la investigación del delito, es la cuestión atinente a la Dirección Funcional de la Fiscalía General de la República, en cuanto a las investigaciones de los delitos, que se realizan por la policía. La función de dirigir la investigación del delito, la Constitución la ha otorgado al ministerio fiscal, quien es el ente rector de la investigación. Esta elección del constituyente, me parece prudente en tanto ciñe la investigación del delito, a un organismo que además de partir del principio de objetividad, se pretende que sea idóneo en las cuestiones jurídicas, para dirigir la investigación material del hecho criminal; empero tal facultad no es absoluta, la investigación del delito tiene como límite el control jurisdiccional, la investigación de un hecho criminal no sucede en el vacío ni el *topus uranus* y por ende la misma debe estar sujeta al control de los jueces, investigación y proceso se encuentran vinculados, en nuestro sistema constitucional de justicia penal.

De ahí la importancia, que tiene la dirección técnica del fiscal, en la investigación de los delitos, para lograr sus esclarecimiento, sin embargo asumir tal dirección funcional pasa por reconocer que: 1) El fiscal debe saber orientar desde lo jurídico, la investigación del delito, y para ello debe tener claridad, en cuanto a las directrices que dará a la corporación policial, se requiere de fiscales no sólo expertos, sino compenetrados con su función, tanto en su cometido de perseguir los delitos, como en el de asegurar los derechos y garantías de todas las personas, culmen del mandato de ser guardián de la legalidad; 2) No se deben superponer los planos, el fiscal es fiscal, y el policía es policía, cada uno tiene su radio de acción bien delimitado, las ordenes del fiscal en cuanto a la dirección funcional, deben abarcar el que hacer, pero no el cómo hacer, que es propio de la técnica policial; a la inversa el policía debe acatar las órdenes técnicas del fiscal, y consultarle en cuanto a la investigación, pero deben haber parámetros claros en cuanto a las directrices, de lo contrario se armara una especie de torre de babel. Sobre la investigación de policías

y fiscales debe haber necesariamente control judicial, de lo contrario se tendrían poderes sin control, cuestión que en una República no es admisible, la base del republicanismo es precisamente el control del poder.

La investigación material le pertenece al cuerpo policial, y a sus organismos especializados, la dirección funcional, no debe entenderse en el sentido de que, es el fiscal quien deberá realizar las pesquisas materiales, en la investigación de los hechos criminales, ello corresponde a la policía y la presencia del fiscal en estos ámbitos de la investigación, únicamente se justifica, por su labor de dirección desde el entorno jurídico, en cuanto pautas que deban emanarse para constituir líneas de investigación. La lógica del constituyente me parece razonable, si al ente fiscal, es a quien le compete el ejercicio de la acción penal, y sustentar la acusación ante los tribunales, como consecuencia, también le debe corresponder la dirección de investigación del delito, puesto que de esta manera, esta mejor garantizada la eficacia de la investigación de los hechos criminales, pero adviértase la dirección en la investigación del delito no supone arbitrariedad, tal actividad esta sujeta a control, y la autoridad natural para controlar semejantes poderes de investigación, recae en el poder judicial, la investigación penal es una investigación sujeta a estricto control judicial.

Sin embargo, un aspecto tan importante como la dirección funcional del ministerio fiscal, respecto de la actividad de la policía, parece estar desde hace varios lustros en una situación de permanente tensión, creo que se trata de una situación de poder, que rebasa los alcances de esta aproximación, pero de lo que si estoy seguro, es que esta disfunción entre fiscalía y policía, afecta las investigaciones de los delitos. Ciertamente una investigación de un hecho delictivo, fuera del control de la dirección funcional fiscal, puede generar nocivas consecuencias, no sólo en el plano material, sino también desde el entorno jurídico⁵⁷.

En suma, la decisión desde la Constitución, de que a la Fiscalía le corresponda la dirección de la investigación del delito, respecto de la actividad de la policía, es un buen intento de democratizar, al ente que

57. En este punto de la Dirección Funcional los precedentes de la Sala de lo Constitucional han seguido una inveterada consistencia en el sentido de destacar la importancia de la dirección funcional del Ministerio Fiscal tanto a la investigación del delito como a las restricciones de derecho fundamentales, por parte de la corporación policial, por ejemplo en "HSS/ ac. HS034997.97; HS036397.97; HS039297.97 se dijo: "La consulta o dependencia funcional de la Policía Nacional Civil con respecto a la Fiscalía General de la República no pretende llenar con una formalidad más la investigación preliminar, sino garantizar la ejecución y verificación de tales diligencias y que no revistan el carácter de ilegales o arbitrarias"; y en HS032897.98 acu. HS050297.98 se consideró: "La Fiscalía General de la República es la responsable de la dirección en la investigación del delito, con la colaboración de la Policía Nacional Civil; en consecuencia toda detención administrativa sin tal dirección adolece de inconstitucionalidad."

ejerce poder de coerción para los derechos fundamentales de las personas, el cual queda subordinado desde el plano direccional al ente fiscal, para averiguar la comisión de hechos delictivos; con ello se merma el riesgo de investigaciones *ad-hoc* que salen del ámbito de la legalidad, para entrar al de la arbitrariedad y que ha sido usual en nuestro continente, bajo la doctrina de la seguridad nacional, empero para ello el ministerio fiscal debe asumir una dirección de la investigación penal con estándares verdaderamente democráticos, a mi juicio, ello en el país, es todavía una deuda pendiente. Por último la investigación del delito por parte de la policía y fiscalía no es una actividad ni discrecional, ni absoluta, se encuentra sometida al control de los jueces, quienes deben garantizar la legalidad de las actuaciones de los intervinientes en el proceso penal.

5.7. La disfunción de los mecanismos alternos.

Un primer apartado, está vinculado a la involución de los mecanismos alternos al juicio, que permitían a las agencias del sistema penal, buscar una solución al conflicto penal, desde otras opciones distintas a la formulación de la pena. La opción de política penal, que se impulso sobre tales institutos, "satanizó" su vigencia, asociándola a la promoción de la criminalidad.

Sin embargo, la experiencia muestra otra dolorosa realidad; saturación de manejo de casos penales, para los entes que investigan y persiguen el delito, tornándolos ineficientes, en cuanto a sus tareas de investigación, ello trae consigo malas investigaciones, en consecuencia desprotección hacia a la víctima respecto de sus más mínimos derechos, mora judicial, en cuanto el atraso en la investigación del delito, se transfiere al proceso penal, hacinamiento carcelario con índices que comienzan a crecer nuevamente de reos sin condena, y esperando juicio por largo tiempo, gastos excesivos, en procesos sometidos hasta juicio, con un mínimo de evidencia que en ciertos casos, no resistiría ni siquiera el paso de la audiencia inicial; desinterés total de la víctima, ante los resultados obtenidos, múltiple revictimización para el afrentado por el delito; ausencia de la víctima del procedimiento por lo dilatado de éste, el cual le causa más perjuicio que beneficio a sus propios intereses, impunidad ante la ausencia de la víctima, puesto que muchos casos terminan en absoluciones ante la incomparecencia de aquella; deslegitimación del sistema penal ante la víctima, ante la incapacidad de resolver el problema penal, mucho menos de repararle el daño que causó el delito.

Ciertamente, las reformas en el ámbito procesal, obturaron las salidas alternas al juicio, con un mayor énfasis en la conciliación y en la reparación integral para la víctima, pero como toda reforma asistemática, no se sustentó en datos empíricos, ni midió las consecuencias de lo que iba a evitar y lo que iba a producir. La necesidad de una reforma —que era viable— no debió ser manejada en términos absolutos, puesto que estudios sobre la utilización de estos mecanismos alternos, han mostrado su idoneidad para resolver los conflictos penales, sin tener que acudir al instrumento de la pena⁵⁸, que ni aún cuando se impone, significa un solución para la víctima perjudicada por el delito.

Las consecuencias que se provocaron han sido fatales, saturación de expedientes en el ámbito de la fiscalía, sobre todo en áreas como patrimonio, nula o mala investigación de los casos, precisamente en atención a dicha saturación, acumulación de procesos en los tribunales generándose un gasto de recursos ante delitos bagatelarios, desprotección absoluta de la víctima, que ni siquiera puede alcanzar resarcimiento de los daños; no credibilidad del sistema penal, que pretende llevar todo a juicio, con grandes erogaciones, malas investigaciones, gran cantidad de sobreseimientos y absoluciones, y no tutela de los derechos del verdaderamente afectado, la víctima, que vuelve a ser nuevamente el expropiado del conflicto penal, cuando materialmente es en carne y hueso, el perjudicado por el delito.

Otro punto importante a desarrollar, en cuanto a la víctima, es la nula protección y asistencia profesional que le brinda el sistema penal, ante la afectación que significa el delito, y cuando se hace referencia a la protección de la víctima, estamos consientes que los mecanismos de protección que por reforma legal se han establecido —artículos 210-A hasta 210-G y Ley especial para la protección de víctimas y testigos— son mecanismos excepcionales, por cuanto tales mecanismos de protección, no pueden alterar la garantía de defensa en juicio, que el artículo 12 Cn, reconoce a toda persona imputada de delito, el cual radica esencialmente en conocer y confrontar la prueba de cargo, de ahí que dicha garantía no puede ser objeto de una limitación en su núcleo fundamental; más allá del aspecto normativo de dicho régimen el mismo en la práctica se han mostrado como insuficientes de ahí que, protección de testigos y víctimas, no significa testigos anónimos o remedos de juicio, la protección que

58. Ver RAMÍREZ MURCIA Leonardo "Mecanismos Alternos al Juicio en los Poros de la Justicia". Editorial Universitaria. Primera edición. San Salvador. El Salvador. 2002 ps 134 a 136.

conviene como limitación a la confrontación es en todo caso una limitación razonable con los estándares que en el derecho internacional de los derechos humanos se ha prescrito como dentro de un proceso debido⁵⁹.

5.8. La necesidad de un juicio rápido.

Aspecto importante para el desarrollo y funcionamiento de procesos orales, es el funcionamiento correcto de mecanismos alternos al juicio, los cuales deben permitir la no saturación del sistema, y por ende el control de la mora, en los procesos tanto en el ámbito fiscal como en el jurisdiccional, puesto que la saturación de los casos, lleva a una defectuosa investigación, por el mismo transcurso del tiempo, a generar dilaciones indebidas en el proceso penal, que afecta tanto a víctimas como a imputados, genera además hacinamiento carcelario, y el grave fenómeno de presos sin condena, con clara violación de parte del Estado para los derechos humanos de los privados de libertad.

En este ámbito, es preciso determinar, una marcada disfunción de un instituto procesal, que sería de gran ayuda para solventar estos problemas, nos referimos al denominado "Procedimiento Abreviado", el cual prácticamente no ha sido utilizado en toda su dimensión, ciertamente que desde su formulación legislativa, el procedimiento abreviado ha tenido limitaciones, que le han impedido ser una opción respecto del juicio oral, pero tampoco en la "práctica procesal", los operadores se han decantado por este instituto⁶⁰, que podría ser una opción a una justicia más rápida, y de menor intervención en los derechos del acusado, y de una efectiva tutela respecto de los derechos de la víctima.

Pero más que la clásica figura de un procedimiento abreviado, asimilado a la institución del *plea bearing* o de las alegaciones pre acordadas, que tienen razón de ser en otros sistemas penales –como los

59. Ver en tal sentido las enérgicas y correctas posturas que asumen: QUIÑONES VARGAS Hector "Observaciones al Proceso Penal..." op. cit p 10; DURAN RAMÍREZ Juan Antonio en AA. VV. "Código Procesal Penal Comentado". Tomo I. Corte Suprema de Justicia. Primera edición. San Salvador. El Salvador. 2001 ps 746 a 747.

60. Se informa que respecto de los institutos que regulan la disposición de la acción penal en lo relativo al procedimiento abreviado se tiene una relación cuantitativa respecto de casos totales ingresados al ministerio fiscal y la utilización del procedimiento abreviado: año 1988: 69, 706 casos ingresados y 81 casos de procedimiento abreviado; año 1999: 97,060 casos ingresados y 640 casos de procedimiento abreviado; año 2000: 98,006 casos ingresados y 1,059 casos de procedimiento abreviado; año 2001: 66,916 casos ingresados y 1,153 casos de procedimientos abreviados; año 2002: 94,273 casos ingresados y 920 casos de procedimiento abreviado. La suma total que se presenta es de 425, 961 casos ingresados en el período de 1998 al año 2002; siendo la proporción de procedimientos abreviados la de 3,853 en ese mismo lustro. Datos tomados de la investigación que proporcionara la Profesora Crisanta González en una disertación sobre el tema del Procedimiento Abreviado auspiciado por PAS. DPK-consulting.

anglófonos– deben discutirse las opciones de juicios rápidos para determinados hechos delictivos, o para decirlo en un lenguaje jurídico propio y no extraño, debemos volver a la institución de los juicios sumarios, es decir procedimientos breves y sencillos, para determinados hechos objetivamente calificados en la ley, en los cuales la imputación penal se resuelva rápidamente, y mediante el concurso de las pruebas obtenidas sumariamente, lo que supone una investigación rápida y breve, sin la extensión de una instrucción formal –bastaría para ello el término de inquirir– y en la cual el sometimiento del imputado a dicho procedimiento rápido en caso de condena suponga una rebaja en la pena según la dosimetría señalada en principio *in genere* por la ley procesal. Ello permitiría que los jueces de paz realizaran una función esencial en el marco del proceso penal, y que una cantidad importante de delitos, fueran decididos con celeridad por los tribunales y en estricta observancia a las reglas de un proceso penal acorde a nuestra Constitución y a la tradición jurídica que nos ha informado siempre la continental.

5.9. El abuso de la privación de la libertad.

En el ámbito del orden penal, es evidente el abuso que se hace de la privación de libertad, por parte de los operadores del sistema penal. Parece ser que en nuestro país, el derecho fundamental de la libertad, está completamente devaluado, y a nadie inquieta o incomoda, que a una persona se le prive de libertad, como si tal acto fuera "normal" ante cualquier imputación; como si el hecho de estar detenido, no supusiera una grave afectación, para quien sufre la detención y para su familia, situación que se agrava por la estigmatización que provoca el hecho de "haber estado preso", lo cual en muchas ocasiones resulta magnificado, por una tendencia sensacionalista de los *mass media*.

En verdad es preocupante, que alarme muy poco en nuestra sociedad, que las personas sean privadas de libertad de manera abusiva y en ocasiones ilegal, fuera de todo ámbito de proporcionalidad, con lo cual los agentes del sistema, utilizan la privación de libertad como *prima ratio* de intervención; creo que uno de los indicadores más fuerte de este problema, es el asunto estadístico; si privación de libertad, en cuanto detención, se presenta como un indicador de eficacia estadístico, para el ente policial, es obvio que entre más detenciones se contabilicen, se aparentará ante la ciudadanía, un halo de mayor eficacia policial, ello fomentará una cultura de detención de las personas, ante la imputación de una conducta penal por nimia que sea, sin que medie ninguna atención

al principio de proporcionalidad que reconoce nuestra Constitución en materia punitiva.

Cuando la Constitución autoriza las privaciones de libertad de las personas, en el artículo 13, no por ello supone una regla general, sino que al contrario indica la excepcionalidad, por la cual una persona puede ser privado de libertad, de manera extraordinaria. Para el caso de la policía, la ley infraconstitucional le autoriza a privar de libertad a las personas, únicamente cuando los sorprenda en flagrante delito, mediante la figura eufémica de la aprehensión; este termino de la flagrancia se ve extraordinariamente ampliado por un margen de 24 horas —que a mi juicio— trasgrede la garantía de no ser detenido sin orden escrita.

Ahora bien, si la facultad de la policía de privar de libertad, se origina de una permisión constitucional de restricción del derecho de libertad locomotiva, que no es excesiva, vinculando a los particulares, la posibilidad de detener a una persona delincuente sorprendida *infraganti*, también debe reconocerse a la autoridad policial pero con las mismas limitaciones, por ejemplo la Constitución no autoriza a los particulares 24 horas para detener *infraganti* a las personas; es por ello que por lo menos deben advertirse dos cuestiones: (1) que mientras la facultad ordinaria de la autoridad, para privar de libertad es la orden escrita, el ciudadano puede detener a una persona *infraganti*, sin orden escrita, si esta es una facultad concedida al ciudadano, también puede extenderse a la policía, pero con las mismas limitaciones, y en este caso, la limitación es la proporcionalidad de la medida; (2) si se examina con esmero, la habilitación para detener *infraganti* a las personas, se advertirá una situación ponderativa, no la obligación de detener necesariamente a la persona, ello elucido del texto que indica: "Cuando un delincuente sea sorprendido *infraganti*, **puede ser detenido** por cualquier persona".

Y es que la detención de las personas, no tiene porque ser la regla general, ni aún el ámbito de la flagrancia, utilizada así la privación de libertad resulta excesiva, y con unos ejemplos matizare lo anterior, tomando en cuenta, que después de la privación de libertad que hace la policía mediante la flagrancia, de ordinario, la detención se extiende por setenta y dos horas en el ámbito administrativo, es decir en sede fiscal; y vuelve a extenderse setenta y dos horas más por el término de inquirir en sede judicial, en ocasiones de manera automática y sin fundamentación sobre la necesidad de la misma, tanto en sede fiscal como en sede judicial, como si el sólo orden normativo, habilitara tal privación de libertad, sin

ninguna motivación sobre la misma; ante tales periodos dilatados de privación de libertad, me parece razonable que la detención debe ser manejada como una medida de última intervención, y para ello como se expuso *supra* se señalaran algunos casos paradigmáticos.

Una persona que causa lesiones imprudentes a otra en un accidente de tráfico viario, es detenida por estar en flagrancia y lo más seguro es que pase ciento cuarenta y cuatro horas privado de libertad, como si ello fuere lo más normal, en ocasiones esto sucederá, aunque se haya ya llegado a un arreglo conciliatorio; es en estos casos necesaria la detención? para que fines será imprescindible que se detenga a la persona?; no bastaría, con conducirla a la delegación policial —en una privación de libertad momentánea— para tomarle todos los datos, y de manera inmediata ponerla en libertad, y pasar la información a la fiscalía donde el imputado puede ser citada posteriormente para ser indagado. Una persona estando en su casa, lesiona o mata a otra persona, que armada ha penetrado para robar amenazando la integridad de los moradores; por paradójico que parezca, la persona que se ha defendido justificadamente, es privada de libertad, no obstante actuar ostensiblemente en una legítima defensa; pero ello no importa, solo pasara setenta y dos horas detenido a la orden de la fiscalía y otras setenta y dos horas a la orden de un juez para ser puesto en libertad posteriormente.

Un agente de policía, en el cumplimiento de su deber, repele justificadamente una agresión armada de un delincuente, causándole la muerte; insólito el agente de policía es detenido. Recuerdo por lo menos cuatro casos notables de detenciones que pudieron no haberse realizado sin que ello causara afectación a la investigación: a) la de una mujer en Mejicanos, que estando con su mamá y su hija en su casa, en horas de la madrugada, dio muerte a una persona que entró a su casa armada, y a quien la señora había advertido de que no se acercara, porque estaba armada, no obstante lo cual, el fallecido intento atacarla, habiéndole disparado a la víctima. Al llegar la policía al lugar de los hechos detuvo a la señora.;

b) el de una persona que iba privada de libertad en un microbús, el cual le había sido robado, llevándolo rehén, al escuchar que querían matarlo, saco un arma de fuego y mató a las personas que cometían el delito, el microbús volcó y la víctima se liberó, pero posteriormente también resulto detenido al llegar la policía al lugar;

c) unos padres que trabajan desde la madrugada, por su precaria situación económica, dejan encerrados a sus hijos, quienes mueren en un incendio, posterior al hecho, en la "vela" de los infantes, los padres son capturados al amparo de la flagrancia por veinticuatro horas;

d) Un conductor de vehículo, que guardando el cuidado debido impacta con otro vehículo que era conducido con irrespeto las normas de tránsito; la colisión provoca heridos, ambos conductores resultan detenidos en virtud del accidente;

e) En Cuscatancingo, una mujer que era objeto continuo de violencia intrafamiliar, da muerte al compañero de vida que la agredía, es liberada después de la audiencia inicial, el drama de ella y de sus pequeños hijos resultó notable.

Es obvio —en mi opinión— que nuestro sistema penal, abusa de la privación de la libertad, respecto de los ciudadanos, y que esta situación nos parece hasta "normal", este mismo panorama, se presenta ante las detenciones administrativas que ordena la fiscalía, y las detenciones por el termino de inquirir y las de índole provisional, que decretan los juzgados y tribunales, cuando en verdad, no media necesidad para dictar una medida tan gravosa como privar de la libertad a los ciudadanos; tal medida debe ser excepcionalísima y únicamente dispuesta cuando sea imprescindible para los fines del proceso, puesto que la detención, es una forma instrumental que no se justifica por sí misma, y por ello debe estar fundada en motivos de hecho y normativos que la justifiquen⁶¹, sin dicha motivación que no es un solo dar razones, las privaciones de libertad resultan indebidas.

6. Detención provisional e instrumentos internacionales.

Una cuestión que refleja la agudización de la intervención penal es el uso que se le confiere a la prisión preventiva, imponiéndola como regla general, lo cual desarrolla visión completamente restrictiva del derecho de libertad, que se formula por el poder legiferante, al emanar una norma —artículo 294 CPP⁶²— que impone la detención provisional, como

61. Por ejemplo señalando ese deber de motivación para en el caso de la detención por el termino de inquirir TINETTI José Albino, CRUZ AZUCENA José Manuel, SALAZAR TORRES Godofredo, JOSA María Antonieta, MARROQUIN GALO Fernando, SORIANO RODRÍGUEZ Salvador Hector "Tres Temas Fundamentales sobre la Fase Inicial del Proceso Penal. Serie Ensayos. N° 1. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. 1999 ps 520 a 522.

62. En lo pertinente dicho artículo en su inciso final dice: "No procederá la sustitución por otra medida cautelar, en los delitos siguientes: homicidio simple, homicidio agravado, secuestro, violación sexual de cualquier clase, agresión sexual en menor o incapaz, agresión sexual agravada, robo agravado, extorsión, defraudación a la

obligatoria, sin excepción alguna de otra medida cautelar, para el ciudadano que resultando imputado de un delito determinado, deba enfrentar un proceso penal.

Estamos aquí, ante el advenimiento de la prisión penal obligatoria, que avasalla la presunción de inocencia, puesto que, independientemente que hasta ese momento, el justiciable de acuerdo con el artículo 12 Cn sea considerado inocente, deberá guardar detención provisional, hasta que finalice el proceso penal incoado, es este un verdadero tratamiento de culpable, a quien hasta ese momento la norma constitucional considera inocente, lo cual no debe quedarse en una mera declaración de intenciones del texto constitucional, sino que debe incardinarse en la realidad, al imputado más que se le diga que es inocente, le interesa que se le trate como tal, y dicho epíteto —el de ser inocente— elevado al rango de *norma normarun*, pierde todo sentido, si esa persona que se considera inocente por ministerio de ley, debe guardar detención provisional hasta que finalice el proceso, lo cual es excesivo, si se tiene en cuenta que la detención provisional es una medida cautelar que aunque provisional no es fungible⁶³.

De ahí que, la prisión provisional obligatoria, que es aquella que necesariamente debe imponerse por imperio de ley secundaria, altera el principio constitucional de inocencia, lo cual vuelve inconstitucional esa norma, puesto que la incardinación del principio de inocencia, *mutatis mutandi*, ha significado la evolución de la concepción del procesado en nuestro ordenamiento jurídico procesal, de una persona tratada como culpable, a una que tiene garantizado el status de inocente, mientras no se declare mediante un juicio su culpabilidad.

Ciertamente, lo que sucede con normas de esta naturaleza, es que pierden su sentido, la prisión preventiva, no está destinada para mantener a la persona "tras las rejas" en detención provisional sólo por que la autoridad le ha formalizado una imputación, al contrario, la prisión preventiva sólo se justifica, cuando además de dicha imputación procesal, que debe tener como base una sospecha fundada, se demuestra que la persona no se vinculara al proceso y al ulterior juicio que pueda sobrevenir,

economía pública, delitos contemplados en la ley reguladora a las actividades relativas a las drogas y los delitos contemplados en la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos".

63. La Sala Constitucional al comentar este punto ha considerado que: "Asimismo, y ya que la libertad constituye la regla general, la detención provisional, por su calidad privativa del ejercicio de un derecho fundamental, debe interpretarse restrictivamente; es decir en la aplicación de la misma debe regir el principio *pro libertatis*. Esto significa que, dada la no fungibilidad de la libertad personal, la detención provisional se convierte en la medida más gravosa para el imputado durante el desarrollo del proceso —por su irreparabilidad en caso de absolución—; en consecuencia, la detención provisional sólo procede cuando no existan otras formas menos gravosas para la libertad que permitan alcanzar los mismos fines que aquella". Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia... op. cit p. 127 a 128.

o que el justiciable haya realizado una actividad que pueda hacer inferir razonablemente a la autoridad, que él mismo afectará la investigación, poniendo en peligro objetivo, las fuentes de prueba. Sólo si ello acontece, se justifica una detención provisional, de lo contrario la persona debe estar en libertad, aunque esté vinculada al proceso penal, por otras medidas restrictivas de sus derechos fundamentales, que garanticen su vinculación al procedimiento.

Como correctamente lo indicó la Sala Constitucional, la privación de libertad que constituye la detención provisional, no puede ser la regla general, y su procedencia no puede fijarse de manera anticipada en abstracto, si así se hace, en razón de un título de imputación delictiva, es decir, al hecho de que se atribuya a la persona un delito determinado, la misma deviene en inconstitucional⁶⁴, lo cual en nuestro sistema es un deber del juez ordinario de la Constitución declarar, mediante la inaplicabilidad que estatuye al caso en concreto el art. 185 de la Constitución⁶⁵, por ello es que la prisión preventiva no puede ser la regla general ni operar de manera automática ante la imputación de un determinado delito, ello viola la presunción de inocencia y viola el derecho de libertad⁶⁶.

64. El Tribunal de la materia al examinar el apartado de la detención provisional obligatoria y la excarcelación —que tal era el instituto que regulaba el cesamiento de la detención provisional en ese momento— expresó que: “Si se sigue la lógica contenida en el art. 15 del texto legal impugnado, se impone la regla que, en el caso de los procesos penales en que se investigan los delitos que la disposición legal menciona, todos los imputados deben estar detenidos. Con esto, la ya denunciada ecuación imputación igual a detención provisional adquiere reconocimiento legal, pero es evidente que la misma es errónea por no responder a los principios constitucionales que rigen la persecución penal. Cuando se acude al mecanismo de prohibir la excarcelación, se está prescribiendo la detención provisional como medida obligatoria; o dicho con otras palabras, en dicho artículo se postula la privación de la libertad que la detención supone como necesidad investigativa, circunstancia que no puede ser constitucionalmente la regla. Si desde una perspectiva constitucional la excarcelación es la regla general, lo que puede hacer el legislador secundario es señalar los supuestos en que excepcionalmente podrá el juez —en resolución motivada— denegar aquella; pero no puede, sin violar la normativa constitucional, disponer en abstracto supuestos en los que la excarcelación no podrá concederse; es decir, en abstracto todo delito es excarcelable, y el legislador secundario puede disponer los motivos por los cuales el juez puede rechazar la concesión de la excarcelación”. Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia... op. cit. ps. 134 a 135.

65. Dice el artículo precitado que: “Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos, contrarios a los preceptos constitucionales.”

66. De manera progresiva la Sala de lo Constitucional en *Habeas Corpus* heteroaplicativos había sostenido que dicho precepto del artículo 294 era contrario a la Constitución, pues vulneraba el derecho de libertad y la presunción de inocencia de los arts. 2 y 12 de la Carta Magna, por ello expresó en su momento: “De la sola lectura del enunciado de la norma se desprende de que en efecto el legislador ha establecido para ese “listado” de delitos, la detención provisional como aplicación de una regla general, imponiendo su determinación de modo automático, pues la expresión “no procederá sustitución por otra medida cautelar...” excluye del todo la posibilidad de aplicar la detención provisional de manera excepcional; advirtiéndose en sí mismo, la exclusión hecha de los presupuestos que constitucionalmente son predicables respecto de la detención provisional (...) Lo anterior en virtud que, esa Sala no puede desconocer que el establecimiento mediante la ley de una prohibición de sustitución de la detención provisional por otro tipo de medidas cautelares, supone la aplicación mecánica o automática de la detención provisional, privando al juez de la facultad de apreciar si en el caso concreto la medida resulta conveniente y adecuada a los fines del proceso (...) adquiriendo reconocimiento legal la ya denunciada ecuación: imputación igual detención, la que evidentemente no responde a los principios constitucionales que rigen a la persecución penal (...) A consecuencia de todo lo antes expuesto es imperativo concluir, en cuanto el Art. 294 Inc. 2ª que éste obliga al juzgador a imponer la detención provisional sin posibilidad de aplicar medidas sustitutivas,

Posteriormente la norma aludida respecto de la cual la Sala de lo Constitucional había resuelto su no conformidad con la Constitución, ha sido estimada como constitucional⁶⁷, polémica decisión, que ha de ser acatada sólo en ese punto en cuanto a su obligatoriedad jurisdiccional, felizmente dicha vinculación no se aplica a la ciencia del derecho, desde la cual respetuosamente puede disentirse de los fundamentos sustentados por el alto tribunal.

Si habrá de repararse que en materia de instrumentos internacionales de derechos humanos, la interpretación de los mismos ya no tiene efectos *erga omnes* por parte de los tribunales locales y en tal sentido, la interpretación que la Sala ha sostenido respecto de preceptos específicos, es diferente del sostenido en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos⁶⁸, sin embargo la jurisprudencia de los organismos internacionales —que son los fieles interpretes de dicha normativa la cual es además vinculante para los tribunales locales del

impidiéndole además con ello que pueda establecer motivadamente la necesidad o no de imponer la detención provisional lo que violenta lo establecido en los artículos 2, 8, y 12 de la Constitución pues al imponer la detención provisional como cumplimiento de una regla general vuelve dicha medida no sólo violatoria del derecho de libertad física, sino también incompatible con la presunción de inocencia, razón por la cual procede declarar la vulneración constitucional alegada”. Sentencia de las doce horas con quince minutos del cinco de septiembre de dos mil dos de la Sala de lo Constitucional en *Habeas Corpus* 12-2002. Dicho precedente fue reafirmado por Sentencia de la Sala de lo Constitucional de las doce horas y veinte minutos del nueve de diciembre de dos mil tres en *Habeas Corpus* 22-2003.

67. La sentencia fue pronunciada en Inconstitucionalidad 28-2006/33-2006/34-2006/36-2006 de las doce horas del doce de abril de dos mil siete y sostiene con razones jurídicas muy poco convincentes en el marco de la justicia constitucional que el artículo 294 inciso segundo del CPP es constitucional, con lo cual se dice que respeta el derecho de libertad y la presunción de inocencia, aunque impone de manera absoluta, general y obligatoria la detención provisional para las personas a quienes se les impute un delito enumerado en un listado específico, el resumen de las razones son las siguientes: “Del análisis de la disposición impugnada pueden advertirse tres categorías de delitos en los cuales el legislador ha prescrito la no sustitución de la detención provisional por otras medidas cautelares (...) desde la perspectiva de un análisis abstracto propio del proceso de inconstitucionalidad, es atendible la ponderación realizada por el legislador respecto de las categorías precisas. Un criterio para delimitar objetivamente la anterior consideración se encuentra en la distinción legislativa contenida en el art. 18 en tanto que los delitos se clasifican en graves y menos graves, según su penalidad. En este sentido, y siendo que la ponderación legislativa se justifica en la dañosidad social de las conductas punibles, debe interpretarse que la misma opera solamente respecto de los delitos relativos a la libertad sexual, los contenidos en la Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas y los previstos en la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos que sean considerados graves, en integración con el art. 18 del Código Penal” p 20 a 21.

68. Sobre este punto la Sala ha expresado: “Respecto de la posible vulneración al art. 144 inc. 2ª por acción refleja de la supuesta vulneración del principio que prohíbe regular la detención provisional como la regla en el proceso penal que tiene sus fundamentos en los arts. 9.3 del P.I.D.C.P. y 7.5. de la C.A.S.D.H. se tiene lo siguiente: Tales disposiciones de los tratados internacionales serían vulneradas si el legislador previera la detención provisional como medida preferente para todos los delitos. Si, como hemos dicho, la regla de no permitir la sustitución de la detención provisional únicamente se aplica respecto de los delitos que constituyen lo más graves atentados a los bienes jurídicos de la persona humana o de la colectividad, o respecto de delitos vinculados al crimen organizado, en los cuales las posibilidades del Estado para su persecución y sanción se vuelven más problemáticas, es claro que ello sólo opera cuantitativamente de manera excepcional, sólo para un número reducido de delitos y por tanto la detención no se convierte en la regla general. Por tanto también se establece que no existe contravención al art. 144 Cn de manera refleja por la contravención del artículo 294 inc. 2ª respecto de los artículos del PIDCP y 7.5. de la CADH y así debe ser declarado en la presente sentencia. Y es que por otro lado, la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas da a entender respecto de los Estados Parte, que éstos se esforzaran para asegurar que cualesquiera facultades legales conforme a su derecho interno relativa al enjuiciamiento de personas por

sistema interamericano— es contraria a la interpretación que hace la Sala⁶⁹ tanto en su intelección de norma de garantías como en su aplicación respecto de otros tratados⁷⁰. En suma para Corte Interamericana de Derechos Humanos y para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, normas como la del 294 inciso segundo del Código Procesal Penal son claramente violatorias del artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Conclusiones. El sistema penal salvadoreño adolece de diversos problemas, he querido únicamente destacar aquellos que me parecen más relevantes, muchos de esos problemas pueden irse solucionando si media una mayor voluntad de los operadores del sistema, ello pasa por reformular la reforma penal que debe ser asumida desde una óptica de mayor responsabilidad y no bajo criterios de un “populismo penal”; también deben redefinirse las grandes líneas de investigación y persecución del delito, puesto que este aspecto, es medular para presentar casos firmes ante la jurisdicción, la cual debe a su vez resolver los casos con imparcialidad condenando a quien se prueba que es culpable y absolviendo sin temor a aquellos contra quien no se demuestre más allá de duda razonable su culpabilidad. A continuación se presentara en apretado epitome y como conclusión, algunos de los problemas del sistema penal.

1) Persisten serios déficit en las tareas de investigación policial, tanto en la criminalidad convencional como en la no convencional. Hay

los delitos tipificados de conformidad a la misma, se ejercerán para dar máxima eficacia a las medidas de detección “teniendo debidamente en cuenta la necesidad de ejercer un efecto disuasorio en lo referente a la comisión de esos delitos” Sala de lo Constitucional sentencia Inconstitucionalidad 28-2006/33-2006/34-2006/36-2006 de las doce horas del doce de abril de dos mil siete p 23

69. Para demostrar lo anterior basta citar. “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 no 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. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de Noviembre de 1997. Serie C. Nº 35 Párrafo 77. A su vez la Comisión Interamericana ha indicado que son fundamentos de la detención provisional los llamados peligros procesales, y que en todo caso la detención debe ser interpretada conforme a los derechos del inculpaado a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser liberado, así como en relación a la presunción de inocencia. Ver Caso 11.206, Informe Nº 2/97 Jorge Luis Bronstein y otros (Argentina) Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 1997. Párrafos 26-37

70. Sobre la jurisprudencia ver Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva. OC-2/82. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75) 24 de septiembre de 1982. Ser. A. Nº 2. Párrafo 29.

deficiente resguardo del escenario del delito, del procesamiento del mismo, lo cual genera pérdida o contaminación de evidencia.

2) Hay incorrecta ubicación de las fuentes de prueba, así mismo, fuga de valiosa información respecto de la investigación, por declaraciones que los miembros de la corporación policial o fiscal brindan a los medios de comunicación sobre detalles relevantes de la investigación que no deberían ser revelados.

3) Poco uso de la prueba científica y de líneas de investigación sobre los elementos materiales recabados bajo tal metodología, además de una mala documentación de las actuaciones.

4) Se presentan serias deficiencias en la dirección y el control de la investigación del delito, de parte de la Fiscalía General de la República, en cuanto a la dirección funcional de la actividad de la policía, de ello sólo es rescatable algunas direcciones especializadas.

5) Escasa relación de los agentes fiscales con los testigos y peritos, lo cual propicia una escasa preparación de los mismos, lo que genera pérdida de control sobre la fuente probatoria, lo anterior provoca testimonios frágiles que fácilmente pueden ser impugnados con un meridiano contrainterrogatorio.

6) Respecto de la materialidad del delito, en su generalidad, no se tiene claridad en cuanto que se debe investigar para establecer los diferentes elementos de la imputación penal.

7) Incrementos desproporcionados en el merecimiento de la pena, lo cual trasgrede el principio de resocialización y pone énfasis en los fines preventivos generales y especiales negativos de la pena, las penas de largo alcance violan el derecho de dignidad del ser humano, por cuanto afectan sustancialmente el núcleo fundamental del derecho de libertad, lo cual desconoce la dignidad del hombre.

8) Realización de reformas penales reactivas, sin una base empírica seria, que mediante estudios empíricos criminológicos, de política criminal, y de política penal, permitan realizar correctas reformas técnicas, a aquellos institutos jurídicos, tanto de derecho penal de fondo como procesal o de ejecución, para corregir su funcionamiento o potenciar el mismo.

9) Escaso o nulo apoyo de programas que permitan una correcta

inserción de los condenados tanto en el tratamiento interno en los centros penales, como en cuanto al control de los que se encuentran bajo el beneficio de los subrogados penales, tanto en la criminalidad adulta como en la criminalidad minoril.

10) Reducción generalizada en el ámbito normativo, de mecanismos que permitan una salida de justicia restitutiva –conciliación, reparación integral del daño– lo que ha provocado congestión del sistema penal, dilación en la justicia, no tutela de la víctimas, y pérdida de credibilidad ante casos no solucionados.

11) Modificaciones indebidas en la competencia de los tribunales de juicio, que han profundizado la retardación en la celebración de las vistas públicas, al extender competencia a tribunales colegiados por delitos que podrían conocerse por el jurado o por jueces de manera unipersonal. Dicha reforma ha generado una disfunción, en el uso de los recursos, con pérdida de inversión de tiempo y dinero, puesto que el impacto de colegiar casi todos los delitos, sin un criterio de razonabilidad, encarece la justicia y hace menos eficientes a los tribunales.

12) Poca asistencia a los testigos que por falta de control y comunicación con las agencias de investigación no comparecen a los actos que les conciernen, lo cual genera retraso, saturación de casos y dilación de la justicia.

13) Poca o nula asistencia profesional a las víctimas de los delitos, quienes a su vez son testigos importantes, lo cual genera desestimulación gradual de las mismas, para colaborar con el sistema penal. Nula aplicación de un programa de protección de testigos.

14) Abuso de la policía en las privaciones de libertad, haciendo un uso indebido de la flagrancia; aplicación de la detención provisional en clara violación a lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Humanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, desconociendo los precedentes obligatorios de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.

3. DOCTRINA ¿DEBEN DECLARAR LOS MENORES VICTIMIZADOS EN EL ACTO DEL JUICIO ORAL?.

(A propósito de la STEDH caso S. N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002)

Javier Hernández García-Magistrado

Manuel Miranda Estrampes-Fiscal. Profesor de la Escuela Judicial

Sumario

I. Introducción. II. Antecedentes Fácticos: Las circunstancias del Caso. III. Exposición de la Doctrina del TEDH. IV. La Proyección de la Doctrina S. N. en el Proceso Penal Español: hacia la no receptividad de la presencia de los testigos menores en el acto del Juicio Oral.

El proceso penal es, por esencia, un espacio de graves conflictos donde siempre aparecen en tensión derechos fundamentales. Sin duda, la cuestión del acceso de la información que pueden aportar los menores victimizados al proceso constituye uno de los problemas más «agudos», pues junto a la indeclinable garantía efectiva de los derechos de defensa de la persona inculpada no puede renunciarse a la protección de la indemnidad moral y psíquica de los menores de corta edad, que presentan especiales tasas de vulnerabilidad. El muy deficitario marco legal de nuestro Derecho interno estimula un no disimulado activismo jurisdiccional en la búsqueda de soluciones ponderativas, a veces con resultados inciertos y antitéticos. El objetivo del trabajo es aportar fundamentos que permitan abordar soluciones compatibles, a partir del análisis de una trascendente decisión del TEDH (caso S. N. contra Suecia), cuyo estándar decisonal ha sido recientemente enriquecido por una no menos importante Sentencia de la Gran Sala de Tribunal de Luxemburgo, en el caso Pupino. La reciente polémica social y jurídica surgida con motivo de decisiones judiciales que determinaban la obligación de la presencia en el acto del juicio oral de menores de edad, presuntamente victimizados, por delitos graves, ha renovado el interés por la cuestión

I. INTRODUCCIÓN

La presencia de los menores en el proceso penal comporta importantes problemas que se proyectan no tan sólo en la identificación de los mecanismos probatorios mediante los cuales aquélla debe hacerse efectiva sino, además, en la necesidad de realizar complejas operaciones ponderativas de los intereses en conflicto, todos ellos de alta densidad constitucional. El proceso penal basado en el paradigma irrenunciable de garantías diseñadas por la Constitución y los Convenios Internacionales ratificados por España no puede desconocer el derecho del inculpado a un proceso justo y equitativo pero tampoco puede despreocuparse de la protección efectiva de la salud física y psíquica de aquellos que intervienen en el mismo como víctimas especialmente vulnerables del delito. El conflicto, agudizado por el precario marco legal del que deben extraerse las soluciones, adquiere una evidente dimensión práctica y, no cabe ocultarlo, una repercusión social y mediática. La reciente decisión de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona ordenando la presencia de las menores víctimas de abuso sexual presuntamente cometido por su profesor de artes marciales, en el acto de la vista oral a los efectos de ser interrogadas a presencia del acusado, en contra del criterio de los especialistas, es un buen ejemplo de lo antedicho, con el inevitable efecto de reapertura o «actualización» de la polémica sobre la necesidad o no de la asistencia de los menores al acto de la vista oral para prestar declaración en calidad de testigos¹.

La particular importancia de la sentencia del TEDH, objeto del presente comentario, no reside ni en la novedad ni en la trascendencia configurativa de la decisión. En puridad, la decisión convalidatoria nuclear —la suficiencia acreditativa del testimonio obtenido en la fase preprocesal— reúne escasas condiciones de «exportación» a nuestro proceso, como veremos en el apartado siguiente. Los intensos déficits de jurisdiccionalidad en la formación del material probatorio preconstituido que concurren en el proceso penal sueco impedirían, a buen seguro, la utilizabilidad acreditativa en el proceso penal español del testimonio del menor víctima, presunta, de los abusos sexuales que conforman la *notitia criminis*².

1. La polémica se ha suscitado no sólo en el ámbito de la comunidad jurídica sino que ha trascendido, también, a la sociedad, reflejándose en los medios de comunicación social, acentuándose tras conocerse el fallo absolutorio dictado por el Tribunal de instancia. Véase, por ejemplo, *El País* de 18 de mayo de 2005; *El Mundo* de 19 de mayo de 2005; *El Avui* de 19 de mayo de 2005; *La Vanguardia*, de 30 de junio de 2005; *El País*, de 22 y 23 de julio de 2005.

2. El TEDH, con su decisión, sitúa el umbral de condiciones de producción probatoria en un nivel sensiblemente más bajo que el utilizado por nuestro Tribunal Constitucional para medir el grado de compatibilidad entre sentencias condenatorias basadas en material probatorio preconstituido y el canon de suficiencia derivado del derecho a la presunción de inocencia del acusado. Las condiciones de utilizabilidad acreditativa de testimonios prestados

Una vez más, el interés de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo se centra en la valiosa correspondencia entre *tono* y *sentido* de la decisión, en la admirable identificación y delimitación fáctica del conflicto de intereses que sustenta el gravamen y en la aparente sencillez del discurso argumental por el que se justifica la opción ponderativa.

La sentencia dictada en el caso *S. N.* permite observar con claridad cómo el Tribunal hace uso, una vez más, de la cláusula del *proceso equitativo* como instrumento metodológico de primer orden para la toma de decisión. La cláusula del *fairness*³ se desdobra en dos reglas operativas: primera, la necesidad de observar el proceso desde su plenitud, en su total desarrollo. El presupuesto para reconocer una violación del principio en cuestión no puede ir referido a la identificación de irregularidad o menoscabo de garantías específicas en una concreta vicisitud procedimental, sino que ha de atender si el proceso, en su conjunto, responde a una idea global de corrección y equilibrio⁴. Segunda, la cláusula de equidad obliga a extender el espacio de protección y de tutela a sujetos diferentes al acusado, como una suerte de factor de corrección, equilibrador, del exceso de unilateralidad en la concepción y desarrollo de los derechos de defensa. Dicha extensión introduce una nueva idea de centralidad en las posiciones subjetivas del proceso penal y en la necesidad de salvaguarda de determinados bienes primarios de la víctima o de los testigos como la vida, la libertad, la seguridad o la vida privada y familiar (cfr. art. 8.1 CEDH). Para el TEDH, los principios del proceso equitativo imponen que, en supuestos de grave conflicto, los intereses de defensa del imputado sean *balanceados* con los intereses de la víctima o del testigo llamado a testimoniar⁵.

Como apuntábamos, el valor paradigmático de la resolución reside, precisamente, en la fidelidad al método valorativo. El TEDH, en la búsqueda del equilibrio, no oculta la irreductible necesidad de modular el alcance de la garantía de contradicción, en particular en su manifestación de intervención directa del imputado o su defensor en la producción del testimonio de

en fase instructora por la vía del art. 730 LECrim. reclaman que las actuaciones de las que se trate sean, en principio, no reproducibles en el juicio oral; intervenidas por la autoridad judicial, con garantía de contradicción, y repetidas como prueba en el juicio oral mediante la lectura efectiva de los documentos que acreditan su contenido (*vid.*, entre otras, SSTC 187/2003, 38/2003, 195/2002, 94/2002, 12/2002, 2/2002, 209/2001).

3. Como concepto dirigido esencialmente a postular el equilibrio y la capacidad de llegar allí donde no llega la justicia *legalística*. PRÁDEL, «La notion de procès équitable en droit pénal européen», *Revue générale de droit*, 1996, pág. 607, pero sin que ello implique un desplazamiento de las reglas en el nombre de imprecisos valores superiores. GUINCHARD, «Vers une démocratie procédurale», *Justices*, 1999, pág. 103.

4. STEDH caso *Artico contra Italia*, de 13 de mayo de 1980.

5. STEDH caso *Doorson contra Países Bajos*, de 26 de marzo de 1996.

cargo. Para ello el tribunal, como veremos en los apartados posteriores, individualiza, por un lado, con absoluta claridad los términos del conflicto de intereses, «validando» la regla procesal interna por la que, ante el riesgo de una excesiva victimización del menor de edad en los procesos por delitos sexuales, puede limitarse su llamada a la causa como testigo, sustituyéndose la información por otros medios de prueba documentales, indirectos o referenciales⁶. Pero el TEDH no se limita a una comprobación *in abstracto* de la razonabilidad de la regla del Derecho interno desde las exigencias que impone el CEDH sino que además «repasa» con detalle el conjunto de las actuaciones procedimentales, incluida la propia actividad defensiva y pretensional de la parte, para determinar si, de conformidad al canon de la totalidad, el acusado ha dispuesto de una *oportunidad adecuada y suficiente*⁷ de interferir en la producción del medio de prueba y de poder influir en su valoración por parte del tribunal enjuiciador⁸. La conclusión mayoritaria del Tribunal es que el Sr. S. N. disfrutó de un proceso estructuralmente equitativo. La sentencia afirma que sin perjuicio de las concretas condiciones en las que se produjo la grabación videográfica del testimonio preprocesal del menor-víctima, que marcaban, en efecto, niveles

6. En contraste con la sensibilidad victimológica del TEDH, en particular en supuestos de víctimas menores de edad, estremece todavía la lectura de la STS de 16 de junio de 1998, por la que, en un ejemplo de *absolutización* formalista del método contradictorio de producción plenaria de la prueba testifical de cargo, casó por quebrantamiento de forma la sentencia de instancia por la que el tribunal provincial había permitido la separación visual de los testigos, niñas de ocho y seis años de edad, de los acusados, entre éstos el propio padre, mediante la colocación de un biombo en la sala de vistas. Los hechos justiciables venían referidos a una sucesión prolongada de supuestos actos de abuso sexual, consistentes en tocamientos en las partes externas de la vagina, penetraciones digitales y felaciones. El argumento principal utilizado por la Sala 2.ª insistía en la *primacía absoluta* del interés del acusado a que la prueba se produjera en condiciones reales de contradicción que implicaban, al parecer del TS, la confrontación visual: «la declaración de la hija debió celebrarse en condiciones de verdadera contradicción, de la que fue privado al evitar que la niña fuera confrontada con su padre, situación a la que no obstaba lo que establece la LO 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, vigente ya al celebrarse la vista, respecto a que en los procedimientos judiciales las comparecencias del mismo se realicen de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo y cuidando de preservar su intimidad (art. 9.1), ni a la vigencia del principio rector de la actuación sobre menores por parte de los poderes públicos consistente en la prevención de situaciones que pudieran perjudicar su desarrollo personal [art. 11.2 d)]. La necesidad de que la prueba testifical, en este caso prácticamente la única prueba de cargo directa existente, se realizara con real contradicción de forma que la testigo se confrontara conociendo que así lo hacía, con la persona a quien podía acusar, prima sobre cualquier otro hipotético perjuicio para el desarrollo de la menor, que no tendría que ser afectado por la confrontación con su padre, sino sólo, y siempre que efectivamente se probaran, por unas relaciones de carácter sexual inapropiadas que con él hubiera podido previamente mantener, pero no por su recuerdo y manifestación en caso de haber existido». Además de la grave tautología que encierra la parte final del argumento --el hipotético perjuicio para el desarrollo del menor sólo puede evitar la confrontación si se prueba el hecho, objeto de acusación, si bien para ello es necesaria, como condición o modo probatorio, la confrontación visual--, la sentencia, al absolutizar sin matices un valor del proceso, renuncia a lo que constituye, precisamente, el núcleo esencial de la labor de los Tribunales en el proceso penal que no es otra cosa que la ponderación constitucionalmente razonable de los valores, intereses y derechos en conflicto. No obstante, el rechazo social y jurídico que provocó la decisión de la Sala 2.ª tuvo una pronta, si bien incompleta, reacción legislativa, mediante la LO 14/1999, que *legalizó* algunos usos victimológicos, entre otros la posibilidad de evitar mediante medios físicos o audiovisuales la confrontación entre víctima y presunto victimario, en delitos violentos o sexuales.

7. SSTEEDH caso *Bitutis*, de 28 de marzo de 2002; caso *P. S.*, de 20 de enero de 2001; caso *Camilieri*, de 16 de marzo de 2000.

8. Sobre la interesante distinción entre principio de contradicción en la formación de la prueba y contradicción en la crítica valorativa de la prueba, FERRUA, P., «Processo penale e verità», en *La Bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza e riforma*, Milano, 2001, pág. 218; ILLUMINATI, G., «La nuova disciplina in materia di formazione e

deficitarios de intervención contradictoria, como veremos a continuación, el conjunto de las actuaciones, sin embargo, permite considerar que la fuente de prueba se introdujo en el circuito del contradictorio en condiciones suficientes para la efectiva defensa del acusado. Como afirma UBERTIS⁹, en puridad la Jurisprudencia europea no pretende que del contradictorio emerja el elemento de prueba utilizado por el juez para decidir, sino que como mínimo la contradicción aparezca diferida al espacio de producción de la fuente de prueba.

La doctrina S. N. sirve para confirmar, una vez más, frente a concepciones rígidas que esconden un hipertrofiado *garantismo* de corte formalista, la ductilidad de los principios y valores del proceso justo y, por ende, la dificultad ponderativa que encierra toda decisión judicial en caso de conflicto. Precisamente, el indeclinable compromiso con los presupuestos de un proceso justo reclama de todos los agentes que intervienen en el mismo, en particular de los jueces, un esfuerzo de conservación y desarrollo racional que lo inmunice contra los riesgos de *neodefensismo* y de *funcionalización* al servicio de una política-criminal de sesgos preocupantes. El *hipergarantismo* formalista encierra, sin duda, uno de los mayores riesgos para la preservación de los valores sobre los que se sustenta un modelo procesal penal compatible con las exigencias de la Constitución y del CEDH. La sentencia del TEDH objeto de comentario constituye un buen ejemplo de ponderación, no tanto por la concreta solución a la que llega sino por el método que utiliza para llegar a la misma. De ahí su alto y renovado interés.

II. ANTECEDENTES FÁCTICOS: LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

Una síntesis de los hechos permite destacar, como más relevantes a los efectos del presente comentario, los siguientes:

El procedimiento penal del que trae causa esta sentencia se inició para investigar la comisión de un posible delito de abuso sexual presuntamente cometido por el demandante en la persona de un menor de edad (de 10 años), identificado como M. Durante la investigación policial el menor-víctima fue interrogado en dos ocasiones por la policía. El primer interrogatorio policial fue grabado en vídeo. Durante esta primera entrevista los padres del menor y un representante de los Servicios Sociales

di valutazione della prova», en *Compendio de Procedure Penale*, CONSO-GREVI, *Appendice di aggiornamento*, Padova, 2001, pág. 126.

9. UBERTIS, G., «Doppio binario, contraddittorio sulla fonte di prova e incompatibilità del giudice», en *Argomenti di Procedure Penale*, Milano, 2002, pág. 182.

permanecieron en una sala adyacente. En aquel momento, el demandante no había sido informado de las sospechas que recaían sobre él, por lo que no se le había designado ningún abogado. El segundo interrogatorio del menor fue solicitado por el Letrado del demandante, una vez designado, celebrándose en el domicilio de los padres de M. Esta segunda entrevista fue grabada en cinta de audio, estando presentes los padres del menor.

En la misma no estuvo presente el letrado del menor ni tampoco el letrado del demandante, quien estuvo de acuerdo en que se podía llevar a cabo la entrevista sin su participación. En ambas ocasiones el interrogatorio fue realizado por el mismo funcionario de policía, quien desde hacía unos 6 años venía trabajando exclusivamente en investigaciones referentes a malos tratos y abusos sexuales de menores. Con carácter previo al segundo interrogatorio, el inspector detective y el abogado del demandante mantuvieron una entrevista al objeto de concretar qué aspectos del caso era necesario abordar durante el interrogatorio del menor. Después del mismo el abogado del demandante escuchó la cinta de audio del interrogatorio, y se le entregó una transcripción, y entendiendo que los puntos planteados en su solicitud habían sido cubiertos no solicitó la celebración de un nuevo interrogatorio.

En el acto del juicio oral el demandante negó los cargos. Durante el mismo se procedió a mostrar el vídeo del primer interrogatorio de M., así como se escuchó la grabación del segundo interrogatorio. También se interrogó, como testigos, a la madre del menor y a su profesor, quien al tener sospechas de que M. pudiera haber sido objeto de abusos sexuales había puesto los hechos en conocimiento de los Servicios Sociales. Ninguna de las partes solicitó que el menor M. fuera interrogado en persona. El Tribunal de instancia condenó al demandante a 8 meses de prisión, basándose fundamentalmente en las declaraciones del menor M., estimando acreditado que, en un gran número de ocasiones, había tocado el pene del menor o le había masturbado y había inducido a dicho menor a tocarle el pene y a masturbarle.

En segunda instancia se volvió a oír al demandante, así como a la madre de M. y a su profesor. Se procedió, también, a visionar el vídeo del primer interrogatorio del menor así como a escuchar la cinta del segundo. Tampoco en esta ocasión el demandante solicitó que M. declarara durante la vista. El Tribunal de apelación confirmó la sentencia condenatoria, aunque redujo la pena a tres meses de prisión. Argumentó en la sentencia

que la información facilitada por el menor era, en algunas partes, vaga e incierta y que algunas de las preguntas que se le habían formulado eran de las que sugerían la respuesta deseada, a pesar de lo cual, a juicio del Tribunal, dichas declaraciones no debían menospreciarse¹⁰.

El demandante acudió ante el Tribunal Supremo denunciando que su letrado en ningún momento había podido interrogar al menor, criticando, además, la manera en que M. había sido interrogado y el hecho de que sus afirmaciones eran vagas y contradictorias. El TS denegó al demandante su derecho a recurrir.

III. EXPOSICIÓN DE LA DOCTRINA DEL TEDH

Como hemos señalado, en su demanda el Sr. S. N. se quejaba de que no había tenido un juicio justo porque no había tenido la oportunidad de interrogar al menor M., basando su pretensión en la vulneración de los arts. 6.1 y 6.3 d) CEDH¹¹.

El TEDH inicia su argumentación reconociendo, según una doctrina consolidada, que las garantías del art. 6.3 d) CEDH no son más que aspectos específicos o concretos del más amplio derecho a un proceso equitativo (*fair trial*)¹² establecido en el art. 6.1, por lo que el Tribunal debe examinar las reclamaciones formuladas bajo la óptica de ambas disposiciones tomadas en su conjunto (ap. 43)¹³.

Aunque, como regla general, las pruebas deben ser practicadas en presencia del acusado en una audiencia pública (*public hearing*) para poder tener un debate basado en el principio de contradicción (*adversarial argument*)¹⁴, reconoce que la utilización como prueba de las declaraciones

10. Véase el apartado 18 de la sentencia, en donde se recoge con detalle la argumentación del Tribunal de apelación.

11. Véase, más ampliamente, aps. 39-42 de la sentencia comentada.

12. Sobre la noción de proceso equitativo en el marco del proceso penal según la jurisprudencia del TEDH pueden consultarse, entre otros: STEFAN TRECHSEL, «La exigencia de equidad en el proceso penal. Jurisprudencia europea», en *Jornadas: Jurisprudencia Europea en materia de Derechos Humanos*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1991, págs. 125 y ss.; LÓPEZ ORTEGA, J. J., «Elementos esenciales de la noción de proceso equitativo en el orden penal (panorama de la jurisprudencia del TEDH)», en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, Tomo V-2000, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Ministerio de Justicia, págs. 303 y ss.

13. Véase, entre otras muchas, SSTEDH caso *Doorsen contra Países Bajos*, de 26 de marzo de 1996, ap. 66; caso *Van Mechelen y otros contra Países Bajos*, de 23 de abril de 1997, ap. 49; *Lucà contra Italia*, de 27 de febrero de 2001, ap. 37.

14. Este principio ya se había proclamado, con anterioridad, en la STEDH, caso *Barberá, Messegué y Jabardo contra España*, de 6 de diciembre de 1988, en cuyo ap. 78 se declaraba que: «del objeto y finalidad del art. 6 y de la redacción de algunos párrafos del ap. 3, se derivan, por lo demás, la facultad del acusado de tomar parte en el juicio y su derecho a que su causa se vea por un Tribunal que se reúna estando él presente. De ello deduce el Tribunal que, en principio, la prueba debe practicarse ante el acusado en audiencia pública, para que exista un debate contradictorio». En la misma línea se pronuncian, entre otras, SSTEDH caso *Kostovski contra Países Bajos*, de 20 de noviembre de 1989, ap. 41; caso *Asch contra Austria*, de 26 de abril de 1991, ap. 27.

obtenidas en la fase sumarial (investigación policial y/o judicial) no es en sí misma incompatible con los aps. 1 y 3 d) del art. 6 CEDH, siempre que se respeten los derechos de la defensa¹⁵. Tales derechos exigen, como norma, que el acusado tenga una oportunidad adecuada y correcta de impugnar e interrogar a un testigo que declare en su contra, bien en el momento de prestar declaración bien en una fase posterior del procedimiento (ap. 44)¹⁶. El TEDH también llama la atención sobre el hecho de que el art. 6 CEDH no concede al acusado un derecho ilimitado a que se le garantice la presencia de testigos ante el Tribunal, correspondiendo a los Tribunales nacionales decidir si es necesario o conveniente escuchar a un testigo (ap. 44)¹⁷.

Dado que, como constata el TEDH, las declaraciones del menor M. fueron la prueba decisiva sobre la que los Tribunales nacionales suecos fundamentaron la declaración de culpabilidad del demandante, debe procederse a examinar si tuvo la oportunidad adecuada de ejercer sus derechos de defensa en los términos exigidos por el art. 6 CEDH (ap. 46). En este punto el TEDH advierte de las especiales características que presentan los procedimientos penales relativos a delitos sexuales, porque los mismos se conciben a menudo como una experiencia difícil y terrible para las víctimas, especialmente cuando se trata de menores de edad.

Para valorar si en dichos procedimientos el acusado ha tenido o no un juicio justo se debe tener en cuenta, también, el derecho al respeto de la vida privada y familiar de la víctima.¹⁸

Desde esta óptica, el TEDH admite que en este tipo de procedimientos penales puedan adoptarse determinadas medidas para proteger a las víctimas, siempre que sean compatibles con un adecuado ejercicio de los derechos de la defensa¹⁹. Para ello es fundamental que las autoridades judiciales adopten medidas tendentes a contrarrestar las

15. SSTEDH caso *Isgró contra Italia*, de 19 de febrero de 1991, ap. 34; caso *Lüdi contra Suiza*, de 15 de junio de 1992, ap. 47.

16. Véase, también, SSTEDH caso *Delta contra Francia*, de 19 de diciembre de 1990, ap. 37; caso *Säidi contra Francia*, de 20 de septiembre de 1993, ap. 43; caso *Ferrantelli y Santangelo contra Italia*, de 7 de agosto de 1996, ap. 51; caso *A. M. contra Italia*, de 14 de diciembre de 1999, ap. 25, al que nos referiremos más adelante con mayor detenimiento.

17. Véase STEDH caso *Bricmont contra Bélgica*, de 7 de julio de 1989, ap. 89.

18. No hay que olvidar que el art. 8.1 CEDH proclama que «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar...».

19. En este punto resulta relevante el dictamen (*report*) emitido por la Comisión Europea de Derechos Humanos (ComEDH) en el caso *Baegen contra Países Bajos*, de 20 de octubre de 1994, que en un procedimiento penal por un delito de violación cometido contra una víctima mayor de edad admitió la posibilidad de adoptar tales medidas de protección (*vid. ap. 77*). En este caso, la víctima había manifestado ante la policía su voluntad de permanecer en el anonimato por miedo a represalias. Durante la investigación judicial el Juez estimó que la

dificultades con que se encontró la defensa²⁰.

En el caso analizado, el TEDH constata que el menor M. nunca compareció ante los Tribunales, y que si bien el letrado del demandante nunca solicitó que testificara en persona, esta actitud obedeció a la existencia de una práctica forense seguida por los Tribunales nacionales suecos que se niegan a permitir testificar personalmente a los menores de 15 años de edad, por lo que el demandante, en estas circunstancias, no podría haber obtenido la comparecencia del menor en persona ante los Tribunales. Para constatar si el procedimiento seguido por las autoridades judiciales para contrarrestar adecuadamente las limitaciones impuestas al derecho de la defensa y derivadas de dicha práctica jurisprudencial fue apropiado, el TEDH destaca los siguientes datos relevantes:

- a) El segundo interrogatorio policial del menor fue realizado a solicitud del propio abogado del demandante al estimar que era necesaria obtener más información.
- b) Ante la ausencia del letrado del menor, que al parecer no fue citado adecuadamente, el letrado del demandante estuvo de acuerdo en no estar presente durante el interrogatorio, aceptando también la manera

solicitud de la testigo de permanecer en el anonimato estaba bien fundamentada. Durante dicho interrogatorio no estuvo presente el Letrado del demandante, pero después de su finalización se le envió una copia de la declaración de la víctima invitándole a formularle por escrito preguntas adicionales, sin que el Letrado formulara nuevas preguntas. Tampoco solicitó durante la tramitación del procedimiento que se citara a la víctima como testigo para ser oída en el juicio en su presencia, solicitándolo únicamente durante la audiencia ante el Tribunal de apelación (véase ap. 78). Por otro lado, la Comisión destaca que las declaraciones de la víctima no habían sido las únicas pruebas de cargo utilizadas para fundamentar la declaración de culpabilidad, existiendo otras declaraciones testimoniales, sin que tampoco el letrado del demandante hubiera solicitado interrogarlas (ap. 79). A juicio de la ComEDH, no parece que durante el procedimiento el demandante no hubiera tenido la oportunidad de cuestionar la versión de los hechos ofrecida por la víctima o de cuestionar su veracidad (ap. 80). En estas circunstancias no puede considerarse que el procedimiento seguido contra el demandante pueda ser considerado, en su conjunto, como injusto (no equitativo: *unfair*), descartándose la existencia de violación del art. 6.1 y 3 d) CEDH. El TEDH no llegó, sin embargo, a pronunciarse sobre el fondo del asunto (*vid. STEDH de 27 de octubre de 1995*).

20. La sentencia que analizamos menciona dos precedentes anteriores, el caso *Doorson contra Países Bajos* de 26 de marzo de 1996, y el caso *P. S. contra Alemania* de 20 de diciembre de 2001. En el primer caso el TEDH admitió, en un procedimiento por tráfico de drogas, la validez de las declaraciones de unos testigos anónimos cuya identidad era conocida por el Juez instructor y que habían sido interrogados en presencia del abogado del demandante quien, aunque desconocía su identidad, pudo formularles las preguntas que consideró de interés excepto aquellas que hubieran podido desvelar la identidad de los testigos. Además, para el TEDH también fue relevante en el presente caso que la declaración de culpabilidad no se basara exclusivamente o de forma decisiva en las declaraciones de los testigos anónimos. Por todo ello descartó la existencia de vulneración del art. 6.1 y 3 d) CEDH. Por su parte, la STEDH caso *P. S. contra Alemania* analizó un procedimiento penal por delito contra la libertad sexual cometido contra un menor de edad (8 años), identificado como S., sin que el letrado del demandante tuviera oportunidad durante el procedimiento de interrogar al referido menor. El TEDH admite que puedan adoptarse medidas que restrinjan los derechos de la defensa pero sólo si son estrictamente necesarias. Además, en orden a asegurar el respeto del derecho a un proceso justo las dificultades causadas a la defensa por la limitación de sus derechos deben ser suficientemente contrarrestadas (*counterbalance*) por el procedimiento seguido por las autoridades judiciales (ap. 23). Como analizaremos más adelante en el presente caso el TEDH apreció la existencia de una violación de las garantías del art. 6.1 y 3 d) CEDH.

en que se llevó a cabo dicho interrogatorio (grabación únicamente en cinta de audio, a diferencia del primer interrogatorio policial que fue grabado en vídeo).

- c) El letrado del demandante pudo, además, indicar al funcionario de policía las preguntas que quería que se realizaran durante la entrevista con el menor.
- d) Después de haber escuchado la cinta de audio y leído la transcripción del interrogatorio, el letrado del demandante no solicitó una ampliación del mismo, quedando aparentemente satisfecho de que las preguntas que había indicado al funcionario de policía le habían sido realmente planteadas al menor.
- e) La cinta de vídeo del primer interrogatorio policial fue mostrada durante las audiencias del juicio y en apelación. Lo recogido en el segundo interrogatorio fue leído ante el Tribunal de primera instancia, y la cinta de audio fue escuchada ante el Tribunal de apelación.

En función de todos estos datos, el TEDH consideró que dichas medidas debían ser consideradas suficientes para permitir al demandante impugnar, en el curso del procedimiento criminal, las declaraciones del menor así como su credibilidad²¹. *El art. 6.3 d) CEDH no puede ser*

21. El caso analizado presenta notables diferencias con anteriores precedentes del mismo TEDH. Así, en la mencionada STEDH caso *P. S. contra Alemania* de 20 de diciembre de 2001, examina un supuesto donde también el menor de edad víctima de un delito de agresión sexual nunca había sido interrogado por un juez y nunca se le había concedido al demandante la posibilidad de interrogarle directamente, por haberlo decidido así el Tribunal nacional con la finalidad de proteger el desarrollo personal del menor. Sin embargo, en este supuesto, el letrado del demandante había solicitado, en los momentos iniciales, la práctica de una prueba pericial psicológica para determinar el grado de credibilidad de las declaraciones de la menor, petición que fue desestimada por el Tribunal de instancia sin que existiera, a juicio del TEDH, una razón sólida que fundamentara dicha desestimación. Si bien el Tribunal de apelación acordó la práctica de la prueba pericial psicológica, que confirmó la credibilidad de las declaraciones de la menor, sin embargo, el TEDH estimó que el hecho de haber transcurrido 18 meses entre la ocurrencia de los hechos y la decisión de práctica de dicha prueba pericial no permitió a la defensa cuestionar las manifestaciones de la menor, que habían sido incorporadas al procedimiento mediante la declaración de terceras personas (su madre y el agente de la policía que le tomó declaración en el momento de formular denuncia). Partiendo de este dato y del hecho de que las declaraciones de la menor constituían la única prueba directa del delito, siendo decisivas en la declaración de culpabilidad acordada por los Tribunales nacionales alemanes, el TEDH concluyó que la utilización de dicha prueba implicó una limitación de los derechos de la defensa contraria a las exigencias del proceso equitativo (aps. 30-31). El otro precedente era la STEDH caso *A. M. contra Italia*, de 14 de diciembre de 1999, relativa, también, a un posible delito de abuso sexual contra un menor de edad (identificado como G.). El procedimiento se había iniciado con ocasión de la denuncia presentada por el menor ante el Departamento de Seguridad Pública de Seattle (Estados Unidos) en donde narraba que durante sus vacaciones en Italia había sido objeto de abusos sexuales por parte del demandante (A. M.), conserje de la residencia en donde estuvo alojado. La Fiscalía de Florencia remitió al Tribunal Penal de Seattle una comisión rogatoria internacional solicitando que se interrogara al menor G., así como a su padre, Sr. D., y a la médica, Sra. F., a quien el menor le había narrado lo sucedido. *En dicha comisión rogatoria se indicaba expresamente que ningún abogado estaba autorizado a asistir al interrogatorio de los testigos*. La policía interrogó al padre del menor, sin la presencia de ningún abogado, quien confirmó que su hijo había declarado haber sido objeto de abusos sexuales por parte del demandante; igualmente las autoridades norteamericanas remitieron las declaraciones por escrito de la madre del menor, que confirmó la versión de su marido, así como de la

interpretado, en el marco de los procedimientos penales relativos a delitos sexuales contra menores, como una exigencia de que, en todos los casos, las preguntas sean planteadas directamente por el acusado o su abogado, mediante repreguntas u otros medios (ap. 52)²², afirmación de enorme repercusión práctica como analizaremos más adelante. Por todo ello el TEDH concluye que no existió violación de los arts. 6.1 y 6.3 d) CEDH.

Dicho pronunciamiento fue objeto de una *opinión concordante* formulada por la Juez señora W. Tomasen, a la que se le une el Juez señor J. Casadevall, así como de una *opinión disidente* formulada por los Jueces señores R. Türmen y R. Maruste.

En la *opinión concordante* se insiste en la idea de que en casos de abusos sexuales el testimonio de una víctima a menudo es una prueba decisiva para la condena. Cuando en estos casos la defensa no puede, incluso por muy poderosas razones, interrogar a la víctima, la defensa está de tal manera limitada que se deben tomar medidas suficientes en los procedimientos para contrarrestar esa limitación. Aunque el procedimiento utilizado revelaba una cierta debilidad y pudiera ser considerado defectuoso, especialmente por el hecho de que ambos interrogatorios fueron llevados a cabo por la policía, *por lo que en ningún momento durante el procedimiento el menor fue oído por alguien independiente de la acusación*, sin embargo concluye afirmando que no existió violación del derecho a un proceso justo o equitativo por las razones siguientes: el abogado del demandante optó voluntariamente por no hacer uso de la posibilidad de asistir al segundo interrogatorio del menor, y tampoco solicitó que se grabara en vídeo este segundo interrogatorio para poder observar cómo se llevaba a cabo y la manera en que el menor contestaba a las preguntas que se le formulaban. Por tanto, no hizo uso de la oportunidad de impugnar, sobre la base de observaciones directas de la defensa, la credibilidad de las afirmaciones del niño.

psicoterapeuta infantil que se ocupaba de los trastornos que presentaba el menor. En el acto del juicio oral no compareció ninguno de estos testigos, acordándose, con la oposición del demandante, la lectura de las declaraciones documentadas remitidas por las autoridades norteamericanas. El Tribunal de instancia condenó al demandante a la pena de 2 años de prisión, basando su declaración de culpabilidad en la denuncia presentada por el menor G., y en las declaraciones realizadas por sus padres y por la psicoterapeuta infantil ante la policía norteamericana. Para el TEDH eran datos relevantes, en el presente caso, el hecho de que la condena del demandante se había basado exclusivamente en las declaraciones efectuadas en Estados Unidos ante la policía norteamericana con anterioridad al proceso, que el demandante no tuvo en ningún momento la oportunidad de rebatir a quienes le acusaban y que, además, en la comisión rogatoria se había prohibido la asistencia de abogado en los interrogatorios policiales (aps. 26-27), por todo lo cual concluye que el demandante no tuvo una ocasión suficiente y adecuada para rebatir los testimonios en los que se basó su condena, por lo que se había producido una violación del art. 6.1 y 6.3 d) CEDH.

22. La cursiva es de los autores.

Por su parte la *opinión disidente* discrepa en cuanto a la conclusión de que no existió vulneración del derecho a un proceso justo. En su razonamiento admite que los procedimientos penales relativos a abusos sexuales de menores son muy delicados y que se deben tomar medidas muy claras para proteger a la víctima y evitar causarle más daño. Por lo tanto, la decisión de la policía y de los Tribunales de no permitir repreguntar en esas circunstancias es comprensible. Más adelante añade que, en estos casos, el *principio de repreguntas* debe ser dejado de lado. No obstante, a juicio de los jueces discrepantes, el procedimiento seguido resultaba insuficiente para contrarrestar las limitaciones sufridas por el derecho de defensa. Una medida adecuada hubiera sido la intervención de peritos psicólogos forenses, que no sólo protegerían al niño contra daños deliberados o involuntarios causados por el procedimiento sino que además ayudarían a la policía y a los Tribunales a valorar el comportamiento y el testimonio de las víctimas. Concluyen afirmando que *creemos que la participación de expertos forenses serviría como procedimiento para contrarrestar y compensar de manera suficiente las limitaciones con las que trabaja la defensa*, medida que, sin embargo, no se cumplió en el presente caso.

La opinión de los *jueces disidentes* resulta, en nuestra opinión, razonable. El procedimiento hubiera obtenido una mayor *calidad* en orden a contrarrestar (*counterbalance*) las limitaciones impuestas a los derechos de la defensa si el segundo interrogatorio del menor hubiera sido realizado no por agentes policiales, quienes habían iniciado la investigación de los hechos, sino por peritos psicólogos infantiles, como así se había solicitado por el acusado en el caso P. S. contra Alemania (STEDH de 20 de diciembre de 2001), analizado con anterioridad. Estimamos que no se trata de una cuestión de valoración de la suficiencia del material probatorio, sino de rodear la obtención de la información de unas condiciones más adecuadas en orden a garantizar la objetividad de la diligencia. Lo anterior no neutraliza, sin embargo, la importancia y validez de la doctrina asumida por el TEDH en el caso analizado, y las repercusiones que la misma tiene en el proceso penal español, con las necesarias modulaciones, como analizamos a continuación.

IV. LA PROYECCIÓN DE LA DOCTRINA S. N. EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL: HACIA LA NO PRECEPTIVIDAD DE LA PRESENCIA DE LOS TESTIGOS MENORES EN EL ACTO DEL JUICIO ORAL

Los estándares incorporados a la sentencia S. N. adquieren una

indiscutible relevancia integrativa de nuestro deficitario marco procesal. Precisamente, la intolerable continencia legislativa en la búsqueda de soluciones ponderativas normativizadas ha estimulado un activismo judicial interpretativo no uniforme, para cuya superación la sentencia S. N. puede constituir un instrumento fundamental. Cuadro de pautas al que, recientemente, se ha incorporado otra decisión de no menor trascendencia como la contenida en la sentencia de 16 de junio de 2005, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso *Pupino*, por la cual el Tribunal de Luxemburgo, al hilo de una cuestión prejudicial planteada por un juez italiano, establece la necesidad de interpretación conforme de las legislaciones internas, en caso de menores víctimas de delitos violentos, con las disposiciones de la Decisión Marco, de 15 de marzo de 2001, sobre *Estatuto de la Víctima en el proceso penal* y, por tanto, la obligación de promover incidentes de adquisición probatoria previos al debate oral, respetuosos con las garantías de defensa, que eviten la mayor victimización secundaria de los menores²³.

Nuestro marco procesal, al margen de la regla de tratamiento plenario contenida en el art. 707 LECrim., se limita al régimen de preconstitución probatoria previsto en los arts. 448 y 777 LECrim., así como al mecanismo de producción en el acto del juicio oral de prueba sumarial personal no practicable, previsto en el art. 730 LECrim.

El potencial victimológico del mismo, tendente a la evitación de la presencia de los menores en el acto del juicio oral, ha estado sometido a una fuerte tensión jurisprudencial, con evidentes marcadores de inestabilidad sincrónica en las soluciones alcanzadas.

En un buen número de pronunciamientos jurisprudenciales de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se ha descartado con contundencia la aplicación del art. 730 LECrim., reclamando la presencia del menor víctima de abusos o agresiones sexuales en el plenario, aun en supuestos de víctimas de muy corta edad²⁴, como condición necesaria de la suficiencia probatoria, exigiendo, incluso, determinados niveles de confrontación visual con el acusado, como condiciones irrenunciables del método contradictorio

23. Dicha sentencia establece, a la luz de lo dispuesto en los arts. 2 ap. 2 y 8 ap. 4 de la referida Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, que un órgano jurisdiccional nacional debe tener la posibilidad de utilizar, para las víctimas especialmente vulnerables, entre las que cabe mencionar a los niños/as de corta edad, un procedimiento especial, como el incidente de práctica anticipada de la prueba cuando dicho procedimiento responda mejor a la situación de tales víctimas y se imponga para evitar la pérdida de los elementos de prueba, reducir al mínimo la repetición de los interrogatorios y evitar las consecuencias perjudiciales, para las referidas víctimas, de prestar declaración en audiencia pública.

24. SSTS 30 de enero de 2000, 22 de abril de 1999.

y del principio de inmediación²⁵. Soluciones que, obviamente, deben entenderse superadas a raíz de la reforma operada en la LECrim. por la LO 14/1999, de 9 de junio, que modificó los arts. 448, 455 y 707 LECrim.

Algunas de estas resoluciones, no obstante, partían de supuestos en los que se había prescindido de toda intervención judicial, directa o indirecta, en la obtención de la información procedente del menor-víctima. Tal era el caso de la STS de 28 de febrero de 2000 (Ponente Sr. Conde-Pumpido) en la que se califica de insuficiente el cuadro probatorio utilizado por el tribunal de instancia para fundar la condena pues se había atendido exclusivamente a la prueba indirecta de los dictámenes periciales y, en particular, a los datos obtenidos en los mismos, en los que se alude a referencias efectuadas por los propios menores, obtenidas al margen del control judicial y sin intervención contradictoria de la defensa.

Frente a esta línea jurisprudencial que se pronunciaba, en estos casos, en contra de la aplicación del art. 730 LECrim., se ha consolidado otra posición jurisprudencial más dúctil en cuanto a las exigencias de presencia de los menores en el plenario que tiene su origen en el voto particular de los magistrados Sres. Prego y García Calvo a la STS de 26 de julio de 2001, y que se ha ratificado en las SSTS de 8 de marzo y 1 de julio de 2002 (Ponente Sr. Jiménez Villarejo). Esta doctrina pivota sobre una idea esencial, que responde a la necesidad de compaginar las exigencias defensivas con las necesidades de protección victimológica de personas particularmente vulnerables, como es el caso de los menores de edad, especialmente cuando se enfrentan a hechos altamente comprometedores de su equilibrio personal, como son los relacionados con situaciones de agresión o abuso sexual. Estas sentencias realizan una interpretación finalística del mencionado art. 730 LECrim., con invocación expresa de la LO 1/1996, de *Protección Jurídica del Menor*²⁶, llegando a la conclusión de que en supuestos en los que se constate un alto riesgo de victimización secundaria las exigencias defensivas pueden satisfacerse suficientemente mediante el acceso por vía documental al contenido de las exploraciones de los menores practicadas durante el procedimiento preliminar, siempre que pueda identificarse un marco razonable de posibilidades de contradicción. Doctrina esta que ha recibido el espaldarazo del Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia 41/2003, en la que, aunque de forma periférica, se apunta uno de los problemas nucleares

25. SSTS 16 de junio de 1998; 5 de octubre de 1995. La decisión de la Secc. 2.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona parece inspirarse en esta línea jurisprudencial.

26. *Vid.*, especialmente, arts. 9 y 11.2 d).

del tratamiento del menor de corta edad en el proceso, y es su propia consideración como testigo hábil, su capacidad, en fin, para someterse, como sujeto, a las exigencias del contradictorio plenario²⁷.

Es precisamente esta cuestión la que parece eludirse, de forma nuclear y directa, en los pronunciamientos del Tribunal Supremo, cuando sin duda constituye el punto de partida, esto es, la hoja de ruta de todas las soluciones ponderativas aplicables. No puede soslayarse que los menores, sobre todo los de corta edad hasta la etapa preadolescente²⁸, presentan notables dificultades descriptivas que, en algunos casos, podrían calificarse de potencial incapacidad, por falta de discernimiento, para asumir la condición de testigo en los términos exigidos por la propia LECrim. (art. 417.3)²⁹. Estudios empíricos de particular solvencia demuestran que el transcurso del tiempo entre el hecho y el testimonio del menor, en particular en sucesos relacionados con la agresión o abuso sexual, no sólo favorece el olvido y la imprecisión sino que, además, estimula la activación de mecanismos de defensa reactiva a cualquier reproducción verbalizada de los hechos, generando un insoportable nivel de estrés emocional en el menor que puede llegar a alterar profundamente su equilibrio emocional³⁰.

Debemos preguntarnos: ¿Realmente puede mantenerse que la presencia de un menor de cuatro, cinco, seis años (...) en el plenario, en un escenario procesal carente de toda condición victimológica ambiental e incluso física, puede servir para actualizar, en condiciones defensivas y cognitivas adecuadas, la información relevante que el niño, presuntamente victimizado por hechos graves, puede recordar? ¿Puede potencialmente considerarse a un niño de corta edad «testimonio directo» del hecho sufrido, con frecuencia, años antes, cuando contaba, por ejemplo, tres años de edad? ¿Es posible afirmar, con un mínimo rigor, desde las máximas técnicas que ofrece la psicología evolutiva, que un niño de corta edad puede asumir emocionalmente las exigencias propias del debate contradictorio? ¿Puede ser indiferente el paso del tiempo en el desarrollo

27. En dicha sentencia se confirma la condena basada en testimonios referenciales (madre y abuela de la menor a quienes verbalizó y escenificó los tocamientos a que venía siendo sometida por su padre) y en un peritaje psicológico en un caso de abusos sexuales de una niña de 2 años y medio.

28. Como sería el caso de los preescolares.

29. *Vid.* la mencionada STC 41/2003, FJ 3.

30. Véase el estudio de GOODMAN y otros, *Testifying in Criminal Courts: Emotional Effects on Child Sexual Assault Victims*, Monographs of the Society for Research in Child Development, de 1992, realizado sobre 286 niños víctimas de abusos sexuales, en procedimientos seguidos en el Estado norteamericano de Colorado. La cita puede verse en GHETTI, S., «Opinión sul sistema giudiziario di vittime di *child sexual abuse* coinvolte in procedimenti penali negli Stati Uniti», en *Chiedere, rispondere e riciclare*, Roma, 2003, págs. 105-107. *Vid.*, también, el trabajo de DIGES JUNCO, M., y ALONSO-QUECUTY, M. L., «El psicólogo forense experimental y la evaluación de credibilidad de las declaraciones en los casos de abuso sexual a menores», *Revista del Poder Judicial*, núm. 35, págs. 43 y ss.

madurativo de un niño, hasta el punto de reclamarle reconstruir experiencias dramáticas ocurridas, desde su perspectiva vital, en momentos ya muy lejanos?

Consideramos que las respuestas a estas preguntas ofrecen razones suficientes para avalar el recurso a la vía del art. 730 LECrim. para el aprovechamiento de la información probatoria suministrada por el menor en las fases previas del proceso, por la vía de los arts. 448 y 777 LECrim., y, en lógica correspondencia, de la prueba testifical de referencia sobre dicha información³¹.

Lo anterior no supone, ni puede suponer, una renuncia o limitación de los derechos de defensa del inculpado, pero sí la necesidad de su modalización en términos tales que resulten compatibles con no menos irrenunciables necesidades de protección del derecho fundamental a la salud y a la indemnidad moral de personas tan vulnerables, como los menores, lo que constituye, también, un fin constitucional de primer orden³².

La sentencia *S. N.* ofrece estándares de compatibilidad que deben explorarse. El acceso a la información que posee el menor, presunta víctima, en las fases previas del proceso, en un marco razonable de contradicción procesal, es posible. La utilización, a tal fin, de la prueba pericial técnica, practicada por peritos expertos e imparciales (psicólogos forenses experimentales)³³, durante el desarrollo del procedimiento preliminar bajo control judicial, con la necesaria intervención de las partes en su preparación³⁴, y en condiciones documentales, mediante grabaciones digitalizadas o videográficas³⁵, que permitan acceder, de forma sensorial, al tribunal juzgador a dicha información, ofrece un espacio adecuado que permite tener por cumplida la garantía de la contradicción, sin merma alguna de las exigencias dimanantes del proceso justo o equitativo.

La densidad constitucional del problema apuntado exige, no obstante, una pronta intervención legislativa. La ausencia de regulación específica del conflicto es una muestra más de la situación de *ordenamiento*

31. *Vid.*, entre las más recientes, SSTC 146/2003; 41/2003, 219/2002; 155/2002; 68/2002.

32. *Vid.* arts. 9, 10, 18, 20 y 39 CE.

33. Como advierte FÁBREGA RUIZ, C. F., «Problemática de la declaración testifical de los menores en los procesos penales» *Diario LA LEY*, núm. 6269, de 6 de julio de 2005, documento electrónico, pág. 4, no debería utilizarse nunca al profesional que ha sido o es terapeuta de la víctima debido a las relaciones que se generan entre terapeuta y paciente que son de naturaleza distinta a las que unen al perito forense y a la persona objeto de la pericia.

34. Se propone que con carácter previo a la entrevista el Juez convoque a las partes y al perito para fijar el objeto del interrogatorio y la información que se pretende obtener.

35. Las entrevistas deberían necesariamente grabarse para poder ser reproducidas en el acto de la vista oral.

jurídico oculto a la que se ve sometido el proceso penal en nuestro país. Las graves e injustificadas anomías regulativas, que caracterizan el modelo de intervención procesal penal, no sólo patentiza su *inadecuación tecnológica* para dar respuestas a los graves y novedosos problemas que surgen, como consecuencia del desarrollo del Estado Constitucional, sino que estimula, también, un no disimulado activismo jurisdiccional, en la búsqueda y creación de soluciones marcadas, muchas veces, por la inestabilidad, la disparidad y la coyunturalidad del caso concreto. Ello comporta graves costes en términos de seguridad jurídica y, en no pocas ocasiones, en garantías.

El grave problema de la presencia de los menores en el proceso reclama una opción ponderativa del legislador democrático, como, en efecto, se ha producido en la mayor parte de los países de nuestro entorno (Francia, Italia, Bélgica, Holanda)³⁶.

Pero mientras dicha regulación no llegue, entendemos que deben desterrarse de la práctica de nuestros tribunales soluciones puramente formalistas en el acceso a la información de los menores victimizados que hipertrofian, sin rentabilidad garantizadora alguna, exigencias de contradicción aparente y que con la coartada de un mal entendido y aplicado principio de inmediación³⁷ pueden provocar consecuencias gravísimas sobre personas tan vulnerables como los niños de corta edad, víctimas de agresiones o abusos sexuales y que, además, nada aportan, desde el punto de vista epistemológico, para la toma de decisiones, en la mayoría de los casos particularmente difíciles y complejas.

La doctrina contenida en la sentencia del TEDH caso *S. N.* sirve de argumento relevante para defender la no presencia de los menores en el acto del juicio oral, siempre que en la activación de los mecanismos legales de acceso a la información en fase sumarial, por la vía de los arts. 448 y 777 LECrim., se haya garantizado la posibilidad de contradicción para la defensa del inculpado, en los términos expuestos anteriormente.

36. En tales países se establece la obligación de grabación videográfica de las exploraciones de los menores en los momentos previos del proceso, con intervención de especialistas y en condiciones contradictorias adecuadas, evitando su ulterior declaración en la fase de juicio oral, mediante su reproducción delante del Tribunal y de las partes.

37. Sobre el verdadero significado y alcance del principio de inmediación véase ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)», *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, núm. 46, marzo 2003, págs. 57 y ss. IGARTUA SALAVERRIA, J., «El nombre de la "Inmediación" en vano», *Diario LA LEY*, núm. 5768, de 25 de abril de 2003.

4. LA FUNCIÓN ECONÓMICA DEL CHEQUE

Margarita de los Ángeles Fuentes Bermúdez

SUMARIO

1. El cheque concepto, características, requisitos. 2. Tipos de cheque. 3. Cheques especiales en la legislación española. 4. Cheques especiales según el código salvadoreño. 5. Relaciones jurídicas entre los participantes del cheque. 6. El cheque en materia penal. 7. Conclusiones. 8. Recomendaciones.

CHEQUE SUS CARACTERÍSTICAS, FUNCIONES Y REQUISITOS

Cheque Documento literal que contiene

- Orden incondicional de pago
- Dada por una persona (Librador)
- A una Institución de crédito (Librado)
- De pagar a la vista
- A un tercero o al portador (Beneficiario), Una cantidad de dinero.

REQUISITOS PARA EL LIBRAMIENTO

- Solo se libra contra una institución de crédito
- Solo puede librar la persona que tenga celebrado un contrato de depósito de dinero a la vista en cuenta corriente de cheques, con el banco librado
- Solo se puede librar cuando el librador tenga fondos suficientes en su cuenta.

REQUISITOS DEL CHEQUE

- Mención de ser cheque insertada en el documento
- Lugar y Fecha de Expedición
- Orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero
- Nombre del librado
- Lugar del pago y

-Firma del librador.

TIPOS DE CHEQUE

CRUZADO:

Cheque nominativo cruzado en su adverso por dos líneas paralelas las cuales indican que ese cheque sólo puede ser cobrado por otra institución de crédito.

Cruzamiento General. Entre líneas no se anota la denominación de ninguna institución de crédito y puede depositarse en cualquier banco. Cruzamiento Especial. Entre líneas va el nombre de una institución de crédito y solo puede cobrarse por ésta.

PARA ABONO EN CUENTA.

Cheque nominativo en el que se anota dicha cláusula, que prohíbe al banco el cheque en efectivo y solo puede recibirlo para abono en cuenta. El cheque no es negociable a partir de la inserción de la cláusula

CERTIFICADO

El librador de un cheque nominativo le solicita al banco librado, al momento de expedir el cheque que lo certifique, declarando que existen fondos suficientes para cubrir el importe.

Es una anotación del banco en el cheque, firma o por los autorizados para ello.

No es negociable, solo puede endosarse a una institución de crédito para su cobro.

DE CAJA

Instrumento de pago de mayor para beneficiario respecto a la existencia de fondos

- Solo la puede expedir una institución de crédito a su propio cargo.
- Nominativo y no negociable.

DE VIAJERO

Igual que un cheque nominativo. Emitido por la oficina matriz de un banco a su propio cargo y luego es vendido por sucursales. Agencias del banco.

DE VENTANILLA

Cheque de emergencia puesto al servicio de los clientes del banco. Cuando necesita retirar fondos una cuenta habiente de su cuenta y no tiene chequera la sucursal libra un cheque de ventanilla para prestárselo.

POSTFECHADOS

Se inserta una fecha posterior a la que se libra, pretendiendo acentuar al tomador que no habrá fondos si no hasta ese día que aparece en el texto.

GIRO BANCARIO

Orden de pago de sucursal a sucursal o sucursal corresponsal de pagar a una persona en otro lugar.

PLAZOS DE PRESENTACIÓN PARA PAGO:

Dentro de 15 días a partir de su fecha si son pagaderos en el mismo lugar de expedición.

Dentro de 1 mes si es expedido y pagadero en diversos lugares del territorio nacional.

Dentro de 3 meses si son pagaderos en el extranjero.

ACCIONES DIRECTA

- Contra el librador y sus avalistas
- Prescribe en un año contados desde que termine el plazo de presentación del último tenedor del documento
- Desde que el día siguiente en que se pague el cheque, la de los endosantes y la de los avalistas

Caduca por:

- No protestar el cheque por falta de pago
- No haber presentado el cheque a su cobro dentro de los plazos legales siempre y cuando se demuestre que durante el termino hubo fondos suficientes para pagarlos.

ACCIONES DE REGRESO

- Contra los endosantes anteriores del cheque y sus avalistas
- Prescribe en un año contado apartir de que que termine el plazo de presentación del último tenedor del documento
- Desde el día siguiente en que se pague el cheque, la de los endosantes y la de los avalistas

Caduca por:

- No protestar el cheque por falta de pago
- No haber presentado el cheque a su cobro, No protestar el cheque

por falta de pago.

A pesar e que no haya habido fondos suficientes durante los plazos de presentación

NOTA: La vía regreso como la directa caduca.

FORMAS DE LEVANTAR EL PROTESTO EN EL CHEQUE

1. La simple devolución de un cheque por falta de fondos hecha por la Cámara de Compensación anexa el volante en el que se especifica la causa, hipótesis que sólo se presenta cuando el cheque se depositó en la cuenta del tomador.
2. La anotación hecha en el título por el empleado del mostrador de la sucursal en que se pretende cobrar el cheque, en el sentido de que no se paga porque la cuenta carece de fondos, situación que sólo se presenta cuando el tomador intentó el cobro en efectivo, en alguna sucursal del banco librado.

El cheque, como título de crédito, es un documento. Pero un documento de naturaleza especial.

Es un documento constitutivo y dispositivo, no simplemente probatorio. Constitutivo porque sin el documento no existe el derecho. Pero como es necesario además para la transmisión y para el ejercicio del derecho, se le califica también como documento dispositivo. El cheque es además un documento de naturaleza esencialmente formal, en cuanto a que la ley exige para su validez, que contenga determinados requisitos y menciones, en ausencia de los cuales no producirá efectos de título de crédito.

El cheque participa de los caracteres de incorporación, legitimación, literalidad y autonomía, propios de los títulos de crédito. Como el tema corresponde a la teoría general de los títulos de crédito, porque se encuentra tan íntimamente ligado a él que sin la existencia del título no existe el derecho, ni por tanto la posibilidad de su transmisión o de su ejercicio. El documento es lo principal y el derecho lo accesorio: el derecho ni existe ni puede ejercitarse, sino es en función del documento.

El cheque tiene carácter mercantil. De esto derivan fundamentales consecuencias, como la calificación mercantil de tales títulos de crédito, de las operaciones en ellos consignadas y de los actos o contratos que sobre ellos se celebren.

El cheque es un título ejecutivo. La acción cambiaria contra cualquiera de los signatarios de un cheque es ejecutiva por el importe de este, y por el de sus intereses y gastos accesorios, sin necesidad de que

el demandado reconozca previamente su firma.

Los signatarios de un cheque se obligan en forma solidaria. Esto es, el tenedor puede exigir de cualquiera de ellos íntegramente la prestación consignada en el título. El último tenedor puede ejercitar la acción cambiaria contra todos los obligados a la vez, o contra algunos de ellos, sin perder en este caso la acción sobre los otros, y sin obligación de seguir el orden que guarden sus firmas.

El cheque es un título de crédito abstracto porque se atribuye eficacia obligatoria a la pura y simple declaración, prescindiendo de la causa jurídica que determinó su emisión o su transmisión e independientemente de la relación de provisión, que debe mediar entre el librador y el librado. Pertenece a la categoría de títulos cambiarios, llamados así porque su prototipo es la letra de cambio.

BASE LEGAL CÓDIGO DE COMERCIO ART. 823 AL 837. CHEQUES ESPECIALES

CHEQUES ESPECIALES EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA CHEQUE.

El cheque es un título valor abstracto, no puede ser causal en ninguna circunstancia; es un título de crédito, pero no es instrumento de crédito sino instrumento de pago. En la legislación vigente, puede emitirse a la orden y en forma no negociable; En el Código de Comercio, lo mismo que en el de Ley Uniforme sobre títulos valores para Centroamérica, puede emitirse a la orden, al portador en forma no negociable. Los cheques emitidos en forma no negociable se denominan, en doctrina, cheques nominativos; el nombre es inconveniente por confuso, que no se trata de títulos valores nominativos, sino más bien de títulos valores de circulación limitada, desde luego que estos cheques no requieren registro en los libros del emisor.

El cheque contiene una orden de pago dada por quien lo emite, que se llama librador o girador, contra un banco, en el cual tiene provisión de fondos, a favor de un tercero que se llama beneficiario. Solamente los bancos pueden ser librados en este tipo de títulos valores. El beneficiario es el primer tenedor legítimo del cheque, quien puede transferirlo por endoso si el cheque es a la orden, o por la simple entrega si es al portador; si el cheque no es negociable, el beneficiario solamente podrá cobrarlo o endosarlo a una institución bancaria; todo cheque girado a favor del mismo librado, se considera no negociable; también es no negociable, el cheque que es librado con una cláusula que así lo indique, contenida en el

documento.

Se ha dicho que el librador debe tener provisión de fondos en el banco librado, para poder librar el cheque. Se considera que se tiene provisión de fondos únicamente en las casos siguientes: 1) Cuando el librador tiene en el Banco, depósito de dinero, contra el cual está autorizado a librar cheques. 2) Cuando el Banco ha abierto al librador un crédito, autorizándolo a retirarlo por medio de cheques. Desde luego, es posible y hasta frecuente, que se combinen ambas formas, o sea que el banco abra un crédito de este tipo a personas que tienen, en la institución, depósitos susceptibles de retirarse a través de cheques.

El depósito de dinero que autoriza a una persona a librar cheques contra el banco, se denomina depósito en cuenta corriente; tiene la modalidad de que el depositante puede hacer remesas sucesivas, aumentando el valor de su depósito, al mismo tiempo que retirar parcialmente las cantidades depositadas, por medio de los cheques que libre contra el banco depositario. Para que una persona pueda girar cheques contra un banco, es necesario que tenga un contrato con el mencionado banco, en que se fijen las condiciones en que puede girar contra él; este contrato se conoce ordinariamente como contrato de giro o contrato de cheque, pero su nombre técnico es contrato de depósito en cuenta corriente. El contrato generalmente se otorga como contrato privado, entre el banco y el cuenta-correntista; no requiere mayores formalidades y puede hacerse en papel simple; generalmente, es un contrato de adhesión, sobre formularios impresos que el banco proporciona.

El beneficiario de un cheque no tiene relación alguna con el banco librado; en consecuencia, si el cheque no es pagado, las acciones cambiarias del documento no se pueden deducir contra el banco, sino solamente contra el librador, los endosantes y los avalistas; la responsabilidad de estos signatarios es la misma que la que tienen los signatarios similares en las letras de cambio; pero, además, siendo el cheque instrumento de pago, el hecho de librarlo sin facultad para ello, implica una simulación de fondos; por lo tanto, un cheque no pagado por falta de fondos, en términos generales, constituye estafa del librador en contra del beneficiario, por lo que da a este la acción penal correspondiente; esta acción no es cambiaria ni mercantil, sino penal; por lo que está sujeta a todas las modalidades propias de las acciones penales, o sea que para que el delito exista es indispensable la voluntariedad del agente.

El banco tiene la responsabilidad de calificar los cheques librados al amparo de un depósito en cuenta corriente. Para que un cheque sea pagadero, es necesario que concurren las circunstancias siguientes. Que

el librador tenga en el banco librado provisión de fondos suficientes para cubrir el cheque, en los términos antes indicados. 2) Que el cheque sea extendido en los formularios que el banco ha proporcionado al librador; para hacer efectiva esta circunstancia, los formularios correspondientes están numerados y el banco registra la numeración de los que entrega a cada librador; cuando el librador manda a imprimir sus propios formularios, con autorización del banco, que los registra como propios, éstos se equiparan a los proporcionados por el banco; esta precaución tiene por objeto dar mayor seguridad al banco de la autenticidad del documento. 3) Que la firma que calza el cheque confronte con la que el banco tiene registrada en la tarjeta correspondiente a una cuenta corriente determinada; para esta confrontación, el banco lleva un tarjetero de las cuentas corrientes; en cada tarjeta, que corresponde a una cuenta corriente, se registra la firma del dueño de la cuenta y la de aquellas otras personas, a las cuales éste ha autorizado para girar contra la cuenta; la firma que calza el cheque no debe ser ostensiblemente diferente de la registrada en la tarjeta. 4) Que el cheque no contenga señales de alteración, como enmendaduras, enterrrenglonaduras y otras; todo cheque lleva, normalmente, su valor en números y en letras; de conformidad con la ley vigente, ambos valores deben coincidir, en caso contrario, el cheque no es pagadero; de conformidad con el Código de Comercio, basta con hacer constar la cantidad en números o en letras, pero si solamente se hace constar en números, deberá estamparse la cantidad con máquina protectora; la razón de este cambio de criterio estriba en que la seguridad dada por la máquina protectora es de tal naturaleza, que supera a la que pueda dar la circunstancia de que la cantidad aparezca en letras.

El banco responde frente al librador cuando paga, con cargo a la cuenta de éste, cheques que ofrecen señales de alteración, que no hayan sido extendidos en los formularios dados al propio librador o cuya firma sea ostensiblemente diferente de la registrada en la tarjeta. También es responsable el banco que, sin causa justificada, se niegue a pagar un cheque; pero su responsabilidad es frente al librador y no frente al tenedor legítimo del cheque; esta responsabilidad se deduce de conformidad con el contrato de depósito en cuenta corriente no se trata, pues, de una acción cambiaria derivada del título valor, sino de la acción de incumplimiento del contrato entre el banco y el librador.

El mandato para librar cheques puede extenderse dentro de un poder general o en un poder especial el simple registro de la firma de una persona, hecha en la tarjeta correspondiente a una cuenta determinada, con autorización del dueño de la cuenta, constituye mandato especial para

librar cheques.

El cheque debe de ser presentado para su pago dentro de los plazos siguientes: 1) Si debe cobrarse en la misma plaza en que fue emitido, dentro de los 15 días siguientes a la fecha de su emisión. 2) Si debe cobrarse en plaza distinta de la que fue emitido, pero dentro del territorio de la República, dentro de un mes de la fecha de su emisión. 3) Si fue emitido en el extranjero para ser cobrado en la República dentro de tres meses de la fecha de su emisión. 4) Si fuere emitido en la República para ser cobrado en el extranjero, dentro de tres meses de la fecha de su emisión siempre que no señale plazo distinto la ley del lugar de pago. La falta de presentación del cheque al cobro, dentro de los plazos antes señalados, hace caducar el documento que pierde su calidad de título valor y las acciones cambiarias correspondientes; pero, no obstante ello, el banco librado debe pagarlo si tiene fondos del librador en cantidad suficiente para eso. El cheque perjudicado pérdida de la acción cambiaria, de acuerdo con la teoría mercantil de los títulos valores, convierte en documento probatorio; pero, entre nosotros, tiene valor de documento privado; podríamos repetir acá todo lo dicho en relación con este asunto, a propósito de la letra de cambio; sin embargo respecto de la legislación vigente hay que hacer constar una diferencia; la legislación vigente no es explícita en lo que se refiere a la fuerza ejecutiva del cheque; la disposición del Código de Procedimientos Civiles que confiere acción ejecutiva a determinados títulos, no menciona expresamente al cheque; no obstante ello, la jurisprudencia ha considerado que el cheque esta comprendido en el término genérico de libranza, por la forma como esta hecha la enumeración a pesar de que el Código de Comercio vigente expresamente usa la palabra libranza como sinónimo de letra de cambio; esta interpretación podemos considerarla como impuesta por las circunstancias, porque sería realmente de efectos desastrosos para la economía del país que el cheque no tuviera fuerza ejecutiva.

El cheque presentado en tiempo y protestada por falta de pago, produce acción cambiaria, en vía directa y en vía de regreso, contra el librador, los endosantes y los avalistas, pero no contra el banco librado; la procedencia de las acciones cambiarias se regulan en la misma forma que en la letra de cambio, con la sola diferencia de que no hay acción contra el banco librado. El plazo para el protesto es el mismo señalado para la letra de cambio; en el código de comercio el protesto deberá hacerse con las mismas formalidades señaladas para la letra de cambio;

el protesto puede hacerse en la forma indicada anteriormente, pero además, la nota puesta por el banco librado de que el cheque fue presentado en tiempo y no fue pagado, firmada por un funcionario del banco debidamente autorizado, surte los efectos del protesto. En relación con la presentación y pago de los cheques, hay criterios opuestos, en determinadas circunstancias, en la legislación vigente y en el Proyecto de Código de Comercio; son los siguientes:

A) Si el cheque fuera postdatado o sea librado con fecha posterior a aquélla en que realmente se hizo la emisión, en la legislación vigente no puede cobrarse, sino hasta que haya llegado la fecha en que aparece emitido. En el Proyecto de Código de Comercio, tomando en cuenta que el cheque es un instrumento de pago y la necesidad de darle su verdadero valor para asegurar su circulación, se estableció que el cheque será pagadero a su presentación, aunque tenga fecha posterior, 'la falta de pago del mismo en tales condiciones, siempre que se llene el requisito de su protesto, produce las mismas acciones mercantiles y penales que produciría si el cheque tuviera como fecha de emisión, la fecha en que fue presentado al cobro. La razón de este criterio estriba en la necesidad de terminar con la práctica viciosa de convertir el cheque en un instrumento de crédito, práctica bastante difundida en el país; porque al considerarlo en esta forma, desaparece la seriedad del compromiso de pago y se convierten las acciones penales en acciones de dudosa efectividad; la garantía de circulación del cheque, que el desarrollo económico del país necesita, hace necesaria la drasticidad de esta disposición.

B) Si el librador falleciere después de haber emitido el cheque y antes de que éste sea presentado al cobro, la legislación vigente no permite que sea pagado; el tenedor legítimo no tendrá más remedio habiendo muerto el cuentacorrentista, los fondos depositados en el banco a su nombre no pueden ser retirados, sino hasta que se haya decidido judicialmente su sucesión. La comisión redactora del Proyecto de Código de Comercio pensó de otra manera; si el cheque ha sido librado válidamente, no puede ser afectado por una circunstancia superveniente como es la muerte del librador; en consecuencia, el cheque será pagadero después de su muerte, salvo desde luego, las circunstancias que podrían invalidarlo en vida del librador, como serían la falta de autenticidad de su firma, cualesquiera otras circunstancias que afecten el libramiento o la caducidad del mismo título.

C) Si el librador quebrare, fuere sujeto a concurso o suspendiere judicialmente sus pagos, el cheque no será pagadero, tanto en la legislación vigente como en el Proyecto de Código de Comercio, no obstante que

haya sido librado con anterioridad a la declaración judicial al respecto. A primera vista, parecerá poco congruente el criterio de la comisión redactora del Proyecto de Código de Comercio, en cuanto se refiere a este punto, comparado con el anterior, pero lo que sucede es que las situaciones no son idénticas; en este caso, si el cheque fuera pagadero se perjudicaría a los demás acreedores del librador, por cuanto éstos tienen derecho a que todas las personas se inscriban en la quiebra o concurso, a fin de que todos sufran la reducción proporcional de sus créditos, en caso de que la masa de bienes del quebrado o concursado, no fuere suficiente a cubrir todas las deudas; aún más, de acuerdo con las disposiciones referentes a la retroacción de la quiebra, los actos realizados por el quebrado inmediatamente antes de la declaratoria, pueden anularse si se establece que fueron hechos en fraude de acreedores; desde luego, dado que los plazos de presentación al cobro de los cheques son relativamente cortos, normalmente la emisión de un cheque caerá dentro del período de retroacción de la quiebra.

D) Finalmente, en vista de las disposiciones referentes a la empresa contenidas en el Proyecto de Código de Comercio, se estableció que los cheques librados a favor de una empresa determinada, se considerarán librados a favor de su titular, la legislación vigente no contiene nada al respecto, desde luego que no reglamenta la empresa con el criterio moderno; pero la costumbre mercantil en el país está orientada en el mismo sentido que la mencionada disposición del Proyecto. El proyecto de Ley Uniforme de títulos valores para Centroamérica, coincide con el que de código de Comercio, en cuanto se refiere a las normas generales que regulan el pago del cheque, con excepción del plazo en que debe practicarse el protesto por falta de pago, que lo reduce en iguales términos que el de la letra de cambio.

De acuerdo con el sistema del Banco Central que es el sistema bancario imperante entre nosotros, los cheques no sólo se hacen efectivos mediante su cobro, sino también mediante la compensación bancaria. Esta situación se presenta cuando un banco recibe cheques librados contra otros, ya sea porque son depositados en las cuentas corrientes de los tenedores legítimos o porque le son entregados en pago de determinadas obligaciones o por cualquier motivo; en estos casos, la Cámara de Compensación del Banco Central de Reserva recibe todos los cheques que los distintos bancos que funcionan en el país hayan recibido contra otros bancos, toma las medidas necesarias para verificar si los cheques son pagaderos en los respectivos bancos librados y finalmente compensa las cantidades que los bancos debieran pagarse mutuamente, en virtud

de los mencionados cheques, y carga los saldos deudores que resultan, a las cuentas de los respectivos bancos, abonando los mismos saldos a las cuentas de los bancos acreedores, cosa que es posible porque todos los bancos tienen cuentas de depósito a su nombre en el Banco Central. En consecuencia, por medio de esta operación se obtiene el pago de los cheques, como si hubieran sido presentados al cobro a los respectivos bancos librados; por ello, la compensación bancaria produce los mismos efectos que la presentación al banco librado.

Existen ciertas formas de cheque; que se denominan cheques especiales. Estos cheques podemos clasificarlos en dos especies: 1) Los cheques de circulación limitada. 2) Los cheques destinados a facilitar el traslado de fondos entre plazas diferentes.

A la primera clase, o sea a la que comprende los cheques de circulación limitada, pertenecen: 1) El cheque cruzado. 1) El cheque para abono en cuenta. 3) El cheque certificado. 4) El cheque de caja o gerencia. A la segunda, o sea a la que comprende los cheques destinados a facilitar el traslado de fondos de plaza a plaza, pertenecen: 1) El cheque de viajero. 2) El cheque con provisión de fondos garantizados o cheque limitado. 3) El cheque circular.

CHEQUES DE CIRCULACIÓN LIMITADA CARACTERÍSTICAS:

- I. El Cheque cruzado: Es el cheque que lleva en el anverso dos barras paralelas, entre las cuales puede o no ponerse el *nombre* de un banco; cuando lleva solamente las dos barras se llama cruzamiento general; cuando lleva el nombre de un banco entre las barras, se llama cruzamiento especial; el cruzamiento general, puede transformarse en especial, pero no al contrario; el cruzamiento no puede ser borrado. El cheque cruzado con cruzamiento general, solamente puede endosarse a una institución bancaria; el cheque cruzado con cruzamiento especial, solamente puede endosarse al banco cuyo nombre aparece entre las barras.
- II. Cheque para abono a cuenta: Es el cheque en cuyo revés se ha puesto una razón "para abonar en cuenta" u otras palabras equivalentes; este cheque no puede ser cobrado, sino que necesariamente deberá abonar en la cuenta corriente la persona favorecida con la razón. El favorecido con la razón mencionada es:
 - a) Si el cheque no había sido endosado previamente, el beneficiario original,
 - b) Si: el cheque había sido endosado previamente a que la razón en

referencia fuera puesta, el último endosatario. En todos los casos la razón no necesita firmarse, porque el valor del cheque se abona en la cuenta corriente del que debería firmar la razón, quien hará uso de los fondos positivo medio de los cheques que libre contra dicha cuenta. Aunque el derecho positivo no lo prevé, en práctica se admite que la razón favorezca a una persona distinta de aquella que normalmente deberá ser favorecida, siempre que la razón exprese el nombre del primera y que sea firmada por la segunda; esto es, el tenedor legítimo puede por este si así lo desea, abonar el cheque a la cuenta de otra *persona*, en vez de abonarlo a su propia cuenta corriente.

III. **Cheque certificado** Es aquel cheque en el cual el *banco librado* pone una constancia de que hay fondos suficientes para pagarlo; normalmente esta constancia se pone mediante la palabra certificado por la cantidad de colones que sea; pero también puede ponerse visto bueno, aceptado u otras palabras equivalentes; la razón debe firmarse por un funcionario del banco autorizado para ello; la simple firma de este funcionario, con la constancia de que lo hace a nombre del banco, basta para certificar el cheque; la razón se pone normalmente en el anverso del cheque, pero puede ponerse también en el reverso El efecto de certificar un cheque es hacer al banco que lo certifica, responsable de su pago; en consecuencia; por ese acto quedan liberados todos los signatarios del cheque, esto es, el librador, los endosantes y los avalistas, porque en adelante el banco que certifica asume todas las responsabilidades del pago. El cheque certificado no puede circular, el beneficiario del mismo solamente puede cobrarlo o abonarlo a su propia cuenta corriente.

IV. **Cheque de Caja o Gerencia:** Es el cheque librado por un banco para hacer un pago a una persona o para entregarle fondos en virtud de un crédito que le ha concedido, siendo el banco el librador, es el que responde del pago del mismo. El cheque de caja o gerencia puede circular, con la única limitación de que no puede emitirse al portador.

CHEQUES DESTINADOS A FACILITAR EL TRASLADO DE FONDOS DE PLAZA A PLAZA.

CARACTERÍSTICAS:

V. **Cheque de viajero:** Es un título valor emitido por un banco que

efectúa operaciones de carácter internacional, el cual puede ser hecho efectivo tanto en cualquiera de las sucursales de este banco como en cualquier otro banco que sea su corresponsal; al ponerse en circulación los cheques de viajero, se acompaña una lista de las instituciones bancadas y sus direcciones, donde el cheque puede ser cobrado. El cheque es vendido a una persona que desea utilizarlo para trasladar fondos de un lugar a otro; en el acto de la emisión, el tomador pone una firma en el anverso del cheque; al endosarlo debe poner otra firma, con el objeto de que quien lo recibe pueda confrontar la identidad de ambas firmas, lo cual garantiza la autenticidad del endoso. El cheque de viajero puede adquirirse en el propio banco emisor o en cualquiera de los bancos corresponsales de éste; responde del pago, el banco emisor y el corresponsal que lo ha puesto en circulación, este último en carácter de avalista del emisor. Los plazos para el cobro normal de los cheques, no se aplican a este tipo de título valor, cuyas acciones están en vigencia durante dos años a partir de la fecha de su emisión, dada la naturaleza de las operaciones para las cuales se usa. El cheque de viajero se emite en moneda de circulación internacional; pero al ser cobrado, normalmente se paga en la moneda del lugar donde se cobra, al cambio del día; generalmente, el tomador, además de pagar al banco que lo pone en circulación, el valor del título, paga una comisión bancaria por el servicio.

VI. **Cheques con la provisión de fondos garantizada o cheque limitado:** Este título valor funciona en forma similar al cheque de viajero, solamente que el tomador de los cheques puede librarlo por cantidades inferiores a la fijada en cada fórmula. La entrega de un formulario equivale a la certificación, por parte del banco emisor, de que hay fondos suficientes para cubrir el cheque hasta por la cantidad máxima fijada en su texto, durante el tiempo de circulación; el tomador puede librar el cheque por una cantidad inferior a la fijada en el formulario, si no necesita hacer uso de la cantidad total. Estos cheques tienen vigencia durante tres meses, si se cobran en el país, o durante un año, si están destinados a hacer efectivos en países diferentes. Su utilidad estriba en que pueden emplearse para negocios, en los cuales no se conoce exactamente la cantidad que va a necesitarse, pudiendo proveerse el interesado de formularios hasta por el valor máximo que pueda eventualmente utilizar.

VII. **Cheque circular:** Es una orden de pago dada por un banco a sus

sucursales, a favor del tomador del título que la contiene: En consecuencia, el banco librador es el responsable del pago del cheque, por lo que los endosantes no contraen responsabilidad alguna; el documento debe contener los nombres y direcciones de las sucursales del banco librador a las cuales va dirigida la orden, o sea, los establecimientos que están obligados a pagar el cheque, el plazo de cobro es de seis meses a partir de su emisión. El endoso del cheque circular causa el efecto de transferir al endosatario la propiedad de la provisión de fondos constituida por el tomador, en el banco que lo libra.

CHEQUES ESPECIALES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

- A) Cheque postal La Ley de 22 de diciembre de 1953 (Texto Refundido en la Orden Ministerial postal de 19 de mayo de 1960) preveía la implantación en España del servicio de cuentas corrientes postales a semejanza de otros ejemplos del extranjero. El Estatuto de la Caja Postal de Ahorros de 21 de junio 1972, estableció las directrices que se habían de observar en la implantación del servicio de cuentas corrientes postales, a semejanza de este servicio en el extranjero. El Estatuto de la Caja Postal de Ahorros de 21 de julio de 1972 señaló estas directrices y la Orden de 1º de marzo 1973 reguló definitivamente el servicio de las cuentas corrientes postales en España.

No se formula el concepto de cheque postal en ninguna de estas disposiciones, sin duda porque se estimó suficiente la definición del art. 534 del c. de c. Únicamente se declaró que esta clase de títulos no podrían expedirse con la mención "a la orden...", no siendo transmisibles por endosos. Establecieron cuatro tipos de cheque postal: 1.º el cheque de pago que, presentado en una oficina de la Administración de correos en la que el titular de la cuenta tuviese registrada su firma, sería pagadero a la vista a la persona legitimada para realizar el cobro; 2º el cheque transferencia que se define como la orden por la que el titular de una cuenta corriente postal dispone de todo o parte de su saldo en beneficio de un tercero, titular de cuenta corriente o de ahorro en la propia Caja postal o en cualquier otra entidad de crédito (esta figura de cheque se puede considerar similar al cheque para abonar en cuenta del que más adelante hablaremos); 3º el cheque certificado, que es una modalidad del cheque de pago en el que a petición del librador o del beneficiario del efecto, se hace constar, mediante diligencia inscrita en el anverso del documento y firmada por el Jefe del servicio de cuentas corrientes la

existencia de fondos disponibles que quedan bloqueados por la suma consignada en el cheque, hasta que se haga efectivo o expire el plazo de presentación al cobro; 4.º el cheque cruzado, que es otra modalidad del cheque de pago nominativo o al portador y cuyas características consisten en que estos cheques no podrían hacerse efectivos por ventanilla (de este cheque hablaremos más adelante al tratar de las formas especiales de pago).

Para la presentación del cheque postal rigen los plazos establecidos por el c. de c. pero dentro y fuera del plazo de presentación y antes de que sea pagado, el librador está facultado para ordenar la suspensión del pago, comunicándolo por escrito a la administración general de la Caja Postal. Si en el momento de presentación del cheque la cuenta corriente postal arroja un saldo inferior al nominal del cheque, su importe no se hará efectivo.

- B) *Cheque garantizado* En este cheque, que ha de librarse precisamente como cheque cruzado, el Banco, mediante cláusula impresa en el propio título, se compromete a garantizar el pago del cheque, con independencia de que en el momento de la presentación al cobro por el tomador existan o no fondos disponibles en la cuenta del librador. Estos cheques se libran con cargo a una cuenta corriente especial, cuyo saldo queda afecto exclusivamente a atender las órdenes de pago del cuentacorrentista contenidas en esta clase de títulos. El nominal de cada cheque está limitado a una cantidad máxima por talón que no puede ser sobrepasada por el librador. La garantía del Banco se establece hasta un día determinado y por una cifra máxima del dinero.
- C) *Cheque de viaje*. Es un cheque creado para facilitar a los turistas la nominación de cheque turístico), en la que existan agencias sucursales o bancos corresponsales de la entidad emisora (Bancos o empresas turísticas). El cheque, o los cheques de un talonario, se emiten a favor de persona determinada y por plazo de presentación amplio (de 6 meses a un año). Su pago se garantiza mediante dos firmas conformes del tomador: Una en el momento de adquisición del talonario y otra en el momento de su presentación al pago. En realidad este cheque se asemeja a una letra de cambio librada por la emisora contra sí misma o contra los Bancos adheridos. La entidad librada debe comprobar la identidad de la persona que presenta el cheque, teniendo el tenedor que firmar en su presencia el título, firma que debe coincidir con la que figura en el propio documento y que fue estampada en el acto de entrega del cheque

a su tomador.

D) *Cheque circular*. Esta modalidad de cheque, de origen italiano, se define por la doctrina como título de crédito cambiario, emitido a la orden por una entidad bancaria autorizada, y que contiene una promesa incondicionada de pagar al tenedor legítimo una suma determinada de dinero en todas las agencias, sucursales o corresponsalías del Banco emisor. El libramiento de los cheques circulares se produce a requerimiento de cualquier persona interesada que, previamente, pague en efectivo al Banco emisor el importe del nominal del título. Los requisitos formales del cheque circular en el Derecho positivo comparado, son: 1) La denominación de "cheque circular" impresa en el propio documento; 2) la promesa incondicionada de pagar a la vista una suma determinada de dinero; 3) la indicación de la fecha y el lugar de emisión del cheque; 4) la designación del adquirente del título, y 5) la firma autógrafa del representante de la entidad emisora. El cheque circular, precisamente para que en ningún caso pueda confundirse con el billete de banco ni identificarse jurídicamente con el dinero de curso legal, no puede emitirse al portador. Como título a la orden puede ser transmitido mediante endoso, pleno o limitado. La presentación al pago debe efectuarse por el tenedor legítimo dentro de los treinta días siguientes a la fecha de su emisión en cualquiera de los establecimientos del Banco emisor.

E) *Cheques entre diversas oficinas* bancarias. Curiosamente, los Bancos en España no suelen llamar cheques a los mandatos de pago al portador, que en la doctrina y en las leyes extranjeras reciben el nombre propio de cheque; sino que, como reminiscencia de los antiguos talones al portador que entregaba el Banco de España a sus cuentacorrentistas y que menciona la Exposición de Motivos de nuestro c. de c., los Bancos en España sólo llaman cheque al que emite un Banco contra una sucursal o agencia propia en otra plaza. Es dudoso que este título pueda llamarse cheque si nos atenemos al art. 534 del c. de c., como es, obligado, en el cual aparecen como personas distintas el librador y el librado. Y como tampoco son pagarés, porque el c. de c. exige el nombre del pagaré en el documento que incorpora el derecho al cobro de una cantidad por el propio librador, tendremos que denominar a estos cheques dirigidos por una oficina bancaria a otra del mismo banco, "cheques de banco" o "cheques bancarios", aunque, en realidad, hoy todos los mandatos de pago previstos por el c. de

c. sean cheques bancarios, por estar librados siempre contra un Banco, por la persona que en él tiene depositado su dinero.

REQUISITOS EXTRÍNSECOS. Como la letra de cambio el cheque es un título formal: ha de contener las menciones del artículo 535 ' del c. de c. Estas menciones se refieren:

- 1) Al documento mismo: fecha de su expedición expresada en letra, nombre y firma del librador,
- 2) A los elementos personales nombre del librado y su domicilio, designación del tomador.
- 3) A la obligación misma: cantidad, expresada en letra.

1) *Requisitos referentes al documento* mismo. Sobre la significación de la fecha En el cheque la fecha tiene aún mayor importancia que en la letra de cambio, porque sirve para contar los plazos de presentación del artículo 537 del C. de C. Tiene siempre la fecha aquí carácter constitutivo, mientras en la letra puede ser sólo enunciativo, en cuyo supuesto es indiferente la inexactitud. El C. de C. destaca la importancia de la fecha exacta, exigiendo que se exprese en letra. Esto no significa que sean nulos los cheques con una fecha anterior o posterior a la real (antedatados o postdatados). La fecha es un requisito puramente formal. Expresa sólo la voluntad del librador de que se considere el cheque fechado el día que aparece en el documento: desde esa fecha habrá que contar los plazos de presentación, los cuales resultarán acortados en el caso de la antedata y ampliados en el supuesto de la postdata.

2) *Requisitos referentes a los elementos personales.* A) La designación de tomador puede hacerse en una de las tres formas ya conocidas: al portador, a la orden y nominativa o directa. En el artículo 535 se muestra clara la oposición entre título a la orden y título directo aquí puede ser endosado, éste no. El cheque expedido a la orden es un título técnicamente endosable. Si está expedido a favor de persona determinada (título directo) sólo puede hacerse el pago a la persona designada y no a otra. La diferencia fundamental con la letra es que en el cheque la designación del titular puede hacerse al portador y en la letra no. Esta es la forma que frecuentemente imponen los Bancos en sus formularios, para eximirse del examen de la legitimación del presentante: Del artículo 535 se deduce que el librador es quien impone el carácter del cheque y que este carácter no puede ser modificado

después por el tomador o por un tenedor o endosatario, transformando, un cheque a la orden en un cheque al portador. Si el cheque es a favor de persona determinada o a la orden, basta con designar el nombre de una persona o de una firma social posibles, aunque de hecho no existan.

- B) El librado es la persona a la que se dirige la orden de pago. Su carácter de banquero no es requisito legal, aun cuando sea la regla, casi sin excepción. El cheque ha de contener el nombre de una persona que haya de realizar el pago y su domicilio, aunque el nombre no corresponda a ninguna persona real ni jurídica.

No menciona nuestro c. de c. el supuesto del cheque domiciliado sobre letra domiciliada, mas parece contradictorio con la función económica del cheque que haya de buscarse el pago fuera de las oficinas del librado. En la misma contradicción incurriría el cheque que designe varios librados. No obstante, como no existe un precepto prohibitivo en la ley, no puede interpretarse en sentido restrictivo la designación singular que hace del librado el artículo 535; debe admitirse la posibilidad de que se designen varios librados en vez de uno.

- C) La firma del librador completa y confirma el texto del documento Como la letra de cambio, el cheque ha de tener un texto en forma de declaración dirigida por el librador al librado como destinatario de la orden de pago ("Páguese a..."; "Sírvese pagar a..."). Con la definición del artículo 534 del c. de c. no son conciliables los cheques redactados en forma de recibo ni de pagaré.

A los efectos formales basta con la existencia de una firma, que pueda ser la de una persona capaz para librar cheques. Todos los requisitos del artículo 535 son puramente formales. Para la validez formal del documento es suficiente que con tenga las menciones del artículo 535, aunque los nombres del librador o del tomador sean fingidos, aunque las firmas estén falsificadas, aunque la fecha sea distinta de la verdadera.

Cabe que la persona del librador sea imaginaria o que el cheque se haya librado tomando el nombre de otra persona sin autorización de ésta. Con esta cuestión de validez formal nada tiene que ver la cuestión de responsabilidad derivada de la suscripción de un cheque (sólo se responde cuando la firma es auténtica).

- 3) *Requisitos referentes a la obligación* misma Puesto que el cheque tiende a obtener el pago en dinero, ha de expresarse la cantidad que debe pagar el librado a la persona autorizada para recibir el pago. Como la letra de cambio el cheque sólo puede referirse a dinero y no

a otras cosas fungibles. Si una de las funciones económicas del cheque es -como destaca la Exposición de motivos- la de poner en circulación el numerario que pendiente de inversión conservan los particulares en sus cajas, se comprende que la prestación del librado ha de consistir precisamente en dinero efectivo y no en títulos que representen dinero, ni en otras cosas susceptibles de ser convertidas rápidamente en dinero. De aquí se desprende que los talones para retirar títulos fungibles depositados en un Banco (v., por ejemplo, el supuesto del art. 10 de los Estatutos del Banco de España de 24 de julio de 1947) no son cheques en sentido legal (véase lo dicho sobre determinación de la cantidad en la letra de cambio).

Contradice la función económica del cheque la cláusula de intereses (sobre letra de cambio v. supra, Pag. 826) : el cheque tiende al rápido pago, y el portador retrasaría el momento del pago si la suma del cheque devengase intereses. El cheque no es como la letra un instrumento de crédito, sino de pago. Sería opuesto a la voluntad del tomador que desea obtener inmediatamente el pago, un aplazamiento de un pago con devengo de intereses. La cláusula de intereses no anulará el cheque, pero deberá considerarse como no escrita. La posibilidad de expedir cheques que no se pagan en efectivo sino que son abonados en la cuenta del tomador (cheques para contabilidad) no contradice esta regla, porque tratándose siempre de abonos en cuentas bancarias de numerario, la transferencia de fondos operada a virtud del cheque equivale al ingreso en la cuenta del tomador de una cantidad en metálico.

- 4) *Otros requisitos.* El timbre es requisito formal solamente de los cheques "a la orden", y en general de los cheques que realizan una función de giro (art. 164 de la Ley de Reforma Tributaria, art. 2.º de la Orden de 10 de julio de 1964 y artículo 100 de la Ley de los Impuestos Generales sobre las sucesiones y sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, texto refundido de 6-IV-1967).

No menciona nuestro C. de C. como requisito esencial la denominación de *cheque* en el texto del documento. La identificación habrá de hacerse o por el impreso bancario especial que se utilice, a más de la comparación con los requisitos de la letra de cambio (cf. arts. 444 y 535 del C. de c.). De la libranza se distinguirá porque ésta lleva siempre el nombre específico de "libranza" (art. 531 del C. de c.).

Como en la letra de cambio, puede hablarse respecto del cheque de cláusulas esenciales (las mencionadas hasta aquí), cláusulas potestativas y cláusulas no permitidas. Las cláusulas potestativas pueden, a su vez, dividirse en: 1. Cláusulas comunes a la letra de cambio. Tales son: las cláusulas referentes a la relación causal entre librador y tomador (cláusula de valor, que es esencia en la letra como elemento de forma, e indiferente en el cheque); las cláusulas que modifican el efecto normal del endoso (cláusula "sin mi responsabilidad", endoso "para cobranza", "valor en garantía" y las cláusulas que modifican los supuestos del regreso ("cláusula sin gastos"). 2. Cláusulas específicas del cheque: Las más usadas son el cheque cruzado (art. 541 del C. de c.) y el cheque "sólo para compensación". Estas dos formas del cheque representan sendas modalidades de su pago, y al tratar de éste las estudiaremos.

- 5) *Falta de algún requisito* La falta de alguno de los requisitos legales del cheque implica la descalificación del documento como tal cheque y su transformación en un documento civil, privado de los efectos cambiarios del cheque (acción de regreso contra los endosantes anteriores y contra el librador), siempre que existan la firma del librador y la indicación de la suma.

Más también es posible que el librador haya entregado el cheque, suscrito por él, con alguna mención en blanco, concediendo al tomador una autorización expresa o tácita para completar el documento antes de su presentación al librado, supuesto que en este momento el cheque ha de contener todos los requisitos legales. En este caso habla la doctrina de cheque en blanco, aunque raramente se ofrezca en la práctica. Es aquí aplicable *mutatis mutandis* la doctrina sobre la letra en blanco. No es frecuente en el tráfico la expedición de cheques en blanco porque el cheque no precisa aceptación y es el aceptante quien, en las letras de cambio, suele firmar en blanco. No obstante, es posible que el librador al entregar el cheque deje sin escribir la suma, por no estar aún liquidada, o la fecha, para permitir al tomador que la fije de acuerdo con el tiempo que quiera tener el cheque en circulación. Mientras el cheque no está completo no es un cheque en sentido legal, sino un germen de cheque en este sentido para la letra de cambio.

VI. REQUISITOS INTRÍNSECOS.

- 1) *Provisión* Según el artículo 536 del C. de c. el librador está obligado a tener anticipadamente hecha la provisión de fondos en poder del librado. Este precepto es análogo al del artículo 456, relativo a la letra de cambio. Sin embargo, la provisión de fondos que en la letra no representa ningún supuesto esencial de la regularidad del documento cambiario, se eleva por obra de la ley a requisito interno del cheque y presupuesto de su normal funcionamiento. La razón de la diferencia está en que el cheque es un instrumento de pago y de pago rápido, mientras la letra implica casi siempre una concesión de crédito por un plazo más o menos largo. La creación de la letra no presupone una obligación de pago a cargo del librado: hasta que no acepta es libre de pagarla o no. Pero esta eventualidad de que el librado pague o no pague sería contradictoria con la función del cheque como instrumento de pago. La creación del cheque ha de tener como base una previa obligación de pagarlo por parte del librado. Esta obligación se produce cuando el librado es depositario de fondos del librador o se comprometió a concederle crédito (*pactum de mutuo dando*). En cualquiera de estos casos, y en otros similares, el librado paga porque tiene provisión. Para inducirle a pagar y para que la falta de pago no tenga excusa, la ley no se contenta, como en materia de letra de cambio, con imponer al librador la obligación de proveer de fondos al librado al tiempo del vencimiento de la letra, sino que convierte la provisión en presupuesto jurídico material del cheque, mencionándola como elemento inherente a su concepto en el artículo 534 ("el cheque permite retirar los fondos en poder del librador") y como antecedente de su emisión en el artículo 536 (la provisión ha de ser previa al libramiento del cheque): No nos dice el C. de c. qué debe entenderse por provisión. Pero son aplicables los artículos 456 y 457 que distinguen las dos formas posibles de provisión para el pago de la letra de cambio. En una forma o en otra, la provisión, como requisito intrínseco del cheque, consiste en la suma de dinero que el librado tiene que pagar al librador en cuanto éste la reclame. Pero este requisito, como ahora veremos, no es suficiente. La Exposición de motivos dice que la nota fundamental y característica del cheque "consiste en la previa provisión de fondos de la pertenencia real y efectiva del librador en poder del librado". Esta relación de pertenencia implica, en definitiva, una obligación de restitución a cargo del librado. La causa de esta obligación puede ser variadísima: un contrato de depósito irregular (esto es lo más frecuente), de préstamo,

de apertura de crédito, de comisión de venta, etc. Pero no es preciso que la provisión pertenezca al librador del cheque en el sentido ya expuesto: puede pertenecer a otro, frente al cual se haya comprometido el librado a pagar los cheques del librador. En tal caso el cheque se libra por cuenta de un tercero, que es el acreedor del librado. Para que exista provisión lo fundamental es que el pago del cheque tenga una *cobertura*. La cobertura es causa de la provisión y la provisión es la causa económica del cheque, por cuanto al emitir cheques se rescata la cobertura. Pero a diferencia de la letra de cambio, la provisión ha de consistir precisamente en dinero líquido (fondos) y no en mercancías o en títulos.

El artículo 536 exige que la provisión sea previa a la entrega del cheque. Pero ni del concepto legal del cheque (art. 534), ni de su función económica se deduce esta necesidad. La ratio legis del requisito de la provisión en el artículo 534 consiste en dar al tenedor del cheque la seguridad del pronto pago. En este aspecto lo que interesa al presente del cheque es que, al momento del pago, el librado esté cubierto por una provisión adecuada. Es indiferente que la provisión se haya constituido en manos del librado antes o después de la emisión del cheque.

La sentencia de 10 de mayo de 1926 destaca la significación que en el cheque tiene la provisión de fondos, y en la de 21 de mayo de 1921 se identifican, a nuestro juicio equivocadamente, la provisión en la letra de cambio y la provisión en el cheque: "tanto en los cheques como en las letras es requisito indispensable para su eficacia la existencia de fondos en poder del librado, ya en valor entendido o en cuenta o en metálico efectivo".

La sentencia de 15 de abril de 1919 llega a declarar ilegal el abono de un cheque para cuyo pago no existía provisión de fondos. En cuanto a la expedición de cheques sin previa provisión de fondos, la jurisprudencia de nuestro T. S. ha considerado este hecho incluido en el supuesto legal de la estafa, consistente en defraudar a otro aparentando bienes o créditos imaginarios. En la *actualidad* la expedición de cheques sin provisión de fondos constituye el delito de "cheque en descubierto"

- 2) Disponibilidad por medio de cheque Mas para poder librar cheques no basta que el librado tenga provisión de fondos. Una cosa es estar obligado a la restitución de una cantidad de dinero y otra cosa es estar obligado a pagar los cheques que, a cargo de esa cantidad, reciba el

deudor. Esta segunda obligación, que se suma a la de restituir los fondos, sólo nace a virtud de un pacto especial llamado *contrato* de cheque o de *disponibilidad*. Nuestro c. de c. alude a este contrato cuando habla de tener fondos disponibles en poder del librado (art. 534). Este "tener fondos disponibles que es el segundo requisito intrínseco del cheque, presupone la obligación del librado de pagar los cheques que le gire el librador y. esta obligación es el contenido esencial del contrato de cheque. Este contrato se menciona aquí porque es un supuesto de la emisión normal de un cheque. El estudio de su naturaleza y contenido es propio del tema de las relaciones entre librador y librado.

De lo que antecede resulta que la disponibilidad es la condición mercantil de cheque, mientras que la exigibilidad de la deuda es la condición civil La disponibilidad añade un pacto especial -contrato de cheque- a la simple exigibilidad de la deuda. Por eso no es conciliable el cheque con el contrato de cuenta corriente mercantil (distinto del depósito en cuenta corriente), mientras subsista la situación jurídica que ese contrato crea entre las partes, porque el efecto típico de la cuenta corriente es la falta de exigibilidad de los créditos aislados mientras no se refunden en el saldo final de la cuenta, único líquido y exigible. Son exigibles, desde luego, las obligaciones cuyo cumplimiento no dependa de una condición o de un plazo (arts. 1.113 y 1.125 del c. c.). El pacto de disponibilidad se refiere normalmente a esta clase de obligaciones. Si se refiere a una obligación no exigible implicaría una renuncia del deudor, a la condición o al plazo, a no ser que demostrase su error al pactar (creyó que la deuda era exigible sin serlo).

- 3) *Irregularidades de fondo* La existencia de una provisión en poder del librado y el hecho de estar disponibles los fondos a favor del librador son requisitos de la emisión regular de un cheque, pero no de su validez, pues, aun faltando esos supuestos normales, el cheque engendra acciones cambiarias a favor del tenedor. Un cheque puede ser formalmente válido y al mismo tiempo, irregular, bien porque falte la provisión, bien porque, existiendo la provisión, falte el pacto de disponibilidad por medio de cheques. Estos dos supuestos se identifican en sus consecuencias.

El cheque sin provisión implica una contradicción desde el punto de vista económico y un engaño para el acreedor, que admite como forma de pago un documento que no tiene más valor que el que tenga la acción de regreso contra quien lo suscribió. La emisión de un cheque

en estas condiciones engendra dos clases de acciones a favor del tomador: una acción civil de indemnización y una acción penal.

- A) Independientemente de la acción cambiaria regresiva que el tomador (o endosatario) conserva intacta contra el librador, puede también hacer uso de una acción de indemnización nacida del delito o del cuasi delito civil que comete la persona que emite un cheque sin provisión y fundada en el daño que sufre el tenedor al negarse el librado a pagar el cheque, alegando la falta de provisión. La acción de indemnización cubre no sólo el importe del cheque impagado. Como ocurre con la acción de regreso, sino los daños que, además, se deriven de la falta de pago y que se miden diversamente, según que la culpa del librador consista en una pura negligencia o cualificada por la presencia del dolo (arts. 1.106 y 1.107 del c. c.).

La emisión de un cheque sin tener provisión de fondos en el librado se califica jurídicamente como un acto ilícito en la esfera civil, en cuanto injustamente, es decir, contra el Derecho (que manda tener hecha provisión de fondos: art. 536 del c. de c.), se lesiona la esfera jurídica de otro. De las circunstancias en que se haya producido la entrega del cheque dependerá que el hecho se califique como hecho culposo contractual o extracontractual.

- B) Pero era preciso proteger aún más enérgicamente la buena fe de quien admite un cheque como medio de pago, confiado en que el librado tendrá provisión. Esta protección servirá para reforzar la confianza general en el tráfico de los cheques. Movida por esta finalidad, la mayoría de las legislaciones han formulado normas que, dejando intacta la validez mercantil del documento, sancionan diversamente el hecho de emitir cheques sin provisión de fondos o con provisión insuficiente. Algunas se contentan con la agravación del impuesto del timbre, otras imponen sanciones pecuniarias y otras llegan a la pena de privación de libertad. Estas sanciones se contienen en los c. de c. o en las leyes especiales sobre cheque.

La legislación española, siguiendo el ejemplo de la anglo-americana, no contenía, hasta el año 1928, ninguna disposición específica que sancionase la emisión de cheques sin provisión de fondos. Eran, por tanto, aplicables las normas contenidas en el Código penal que sancionan el delito de la estafa. Se estimaba que por el hecho de emitir un cheque sin provisión o con provisión insuficiente, el librador engañaba al tomador haciéndole creer que el librado tenía provisión de fondos para atender el pago: era una defraudación que consistía en aparentar bienes o créditos imaginarios (Art. 523, del

Código penal). El Código penal de 1928 (hoy derogado) incluyó por primera vez como figura de delito la emisión de cheques en descubierto o después de retirada la provisión. La ley de 16 de marzo de 1939, que autorizó al ministro de Hacienda para regular la admisión del cheque en las cajas públicas, vino, en definitiva, a sancionar la doctrina de nuestro, que encajaba en el delito de estafa la emisión de cheques en descubierto (Sentencias de 7 de noviembre de 1927, 28 de junio de 1929 y 3 de julio de 1930). En esta última declaró el que la operación no es en sí misma constitutiva de estafa, sino que ha de acreditarse que la finalidad con ella perseguida fue la de defraudar.

Esta evolución se vio confirmada en el Código penal, texto revisado por Decreto de 28 de marzo de 1963, que contenía ya un precepto específico, el artículo 535 bis, penalizando la entrega de cheques en descubierto.

En la actualidad existe en el Código penal, reformado por Ley de 15 de noviembre de 1971, el capítulo IX bis dedicado al "cheque descubierto". Dentro de ese capítulo, el artículo 563 bis establece la pena de arresto mayor o multa de 5.000 a 50.000 pesetas para quien realice uno de los tres supuestos siguientes:

- 1° El que librare, con cualquier finalidad, cheque o talón de cuenta corriente sin que en la fecha consignada en el documento exista a su favor disponibilidad de fondos bastantes en poder del librado para hacerlo efectivo.
- 2° El que habiendo librado un cheque o talón con provisión retirase los fondos o parte de ellos, impidiendo su pago.
- 3° El tomador del efecto que lo entregare a otro con cualquier fin, a sabiendas de su falta de cobertura".

Como podrá observarse, se penalizan tres supuestos relacionados con el hecho de emitir un cheque sin fondos: el libramiento del cheque sin fondos disponibles en la fecha consignada en el documento; la retirada de los fondos con que había de ser pagado un cheque, y la transmisión del cheque por el tomador, cuando conoce la falta de cobertura. Ahora bien, es importante tener en cuenta que "quedará exento de responsabilidad penal el librador del cheque o talón que hiciere efectivo su importe en el plazo de cinco días contados a partir de la fecha de su presentación al cobro". Es decir, que en el nuevo texto del Código penal viene a instituirse un plazo de gracia de cinco días, contados desde la presentación al cobro, dentro del cual el pago del cheque por el librador le exime de toda responsabilidad penal.

Cuando el cheque en descubierto se utilice como medio de defraudar a otros engañándolos, el delito cometido será el de estafa. Así se viene a declarar en el último párrafo del nuevo artículo 563 bis. Cabe discutir si existe ya el delito desde el momento en que el cheque se entrega al tomador o no hay delito hasta el momento en que queda impagado por falta de provisión. La solución de este punto está ligada a la de la cuestión sobre el momento en que el librador está obligado a proveer de fondos al librado: si en el momento de la emisión del cheque o para el momento de su presentación. Si el punto de vista penal se armoniza con las necesidades de la práctica, no se podrá justificar el castigo del que emite un cheque sin tener provisión en el momento de la entrega, si en el momento de la presentación del cheque la provisión existía y era disponible. Y, en efecto, ese era el criterio seguido por el derogado artículo 535 bis del Código penal, que atendía, para imponer la sanción, el hecho de que no hubiera provisión suficiente en poder del librado en el momento de ser presentado el cheque o talón al cobro.

En el nuevo artículo 563 bis se establece como fecha determinante para la falta de provisión *la fecha consignada en el documento*, con lo que se viene a legitimar la práctica de los cheques postdatados, que habían dado lugar a una abundante jurisprudencia bajo el imperio del derogado artículo 535 bis. De hecho, sin embargo, la solución al problema concreto que nos ocupa sigue siendo la misma bajo la nueva regulación. En efecto, si está exento de responsabilidad penal el librador que paga el importe del cheque en el plazo de cinco días desde la presentación al, cobro, es evidente que no se puede sancionar penalmente al librador de un cheque pagado a su presentación al cobro, aunque no hubiera fondos en *la fecha consignada en el documento*. Otra forma de irregularidad de fondo es el supuesto de que la provisión no falte en absoluto, pero sea insuficiente. La ley francesa de 2 de agosto de 1917 declara que si la provisión es inferior al importe del cheque, éste produce todos los efectos propios del cheque regular, hasta la concurrencia de la provisión. Esta solución es la justa. Sería, además, inútilmente perjudicial, desde el punto de vista práctico, declarar la irregularidad de un cheque cuando fuese insignificante la diferencia entre su importe y la provisión. Sin pensar en esta razón de justicia práctica, la sentencia del T. S. de 15 de abril de 1919 ha declarado que se aplica rectamente el artículo 534 del c. de c. cuando se entiende que este precepto legal no sólo prohíbe al librador retirar por medio de un cheque más sumas que aquellas que tenga disponibles en poder del librado, sino también a éste pagar un talón en esas condiciones, pues de otra suerte se desnaturalizarían en su esencia esos instrumentos de

comercio.

Olvida esta doctrina que el pagar o no un cheque girado por cantidad superior es asunto que interesa exclusivamente al librado y que, por consecuencia, no se le puede prohibir el pago, cuando precisamente este pago favorece al tenedor, evitándole el perjuicio de la falta de pago oportuno y la necesidad de repetir contra el librador.

Según el vigente artículo 38 bis del Código Penal incurre en el delito de cheque en descubierto el librador que emite un cheque sin tener disponibles fondos *bastantes* en poder del librado para hacerlo efectivo.

RELACIONES JURÍDICAS ENTRE LOS PARTICIPANTES EN EL CHEQUE.

Nociones generales. Derecho de cheque en su más amplio sentido tiene por objeto tres distintas relaciones jurídicas.

- A) La relación entre librador y librado. Esta relación constituye el *Derecho interno del cheque*, que se regula por el contrato de cheque. Es cuestión extraña al Derecho cambiario del cheque, del mismo modo que es extraña al Derecho de la letra de cambio la relación (civil) entre librador y librado, por cuya virtud éste se obliga a aceptar y pagar la letra que le dirija aquél. Dos cuestiones fundamentales se "deciden en el Derecho interno del cheque: si el librado está obligado frente al librador a pagar el cheque y si el librado está autorizado para este pago (aquí corresponde el estudio de las consecuencias jurídicas de la falsificación de un cheque y el de la revocabilidad del cheque).
- B) La relación entre librador y tomador. Esta relación se regula por el pacto de entrega del cheque, equivalente al pactum cambii en materia de letra de cambio. También se trata aquí de relaciones extracambiarías, dominadas por la relación de *valor* que explica la creación del cheque como medio de liquidar una situación de crédito entre librador y tomador (v. *supra*, página 763). Corresponde a este tema el estudio de la influencia de la emisión del cheque -y, sobre todo, de su pago- en la relación causal que medie entre librador y tomador.
- C) Relación entre endosantes y endosatarios del cheque. Esta relación constituye el *Derecho de cheque* en sentido estricto o Derecho cambiario del cheque, que regula fundamentalmente la acción regresiva contra los firmantes del documento.

Entre tenedor y librado no media, por el contrario, relación jurídica alguna, según la opinión dominante. En razón a que no acepta el cheque, no asume el librado ninguna obligación de pago frente al tomador. Si paga es en cumplimiento del contrato de cheque que le liga con el librador. Sólo frente a éste responde. El tenedor del cheque no adquiere ningún derecho cambiario contra el librado, fundado en el cheque mismo, supuesto que la firma del librado no aparece en el documento. Tendrá quizá un derecho extracambiario si el librado le reconoció como acreedor suyo, sea por consecuencia de una cesión de crédito hecha por el librador al tomador, sea por virtud de una especial estipulación a favor de tercero. Lo normal es que los Bancos, al pactar el contrato de disponibilidad, no asuman ninguna obligación de pago frente al futuro presentante del cheque. La obligación de pago la asumen sólo frente al librador, en cuyo interés exclusivo se comprometen a efectuar el servicio de caja. La relación jurídica entre tenedor y librado podría fundarse o en la cesión de crédito hecha por el librador a favor del tomador (teoría francesa de la cesión de provisión) o en la estipulación a favor de tercero que se supone contenida en el contrato entre librador y librado. A lo dicho allí respecto de la segunda teoría puede añadirse que el presentante del cheque no ejerce un derecho propio, sino una autorización de cobro y que su posición resulta suficientemente garantizada con el derecho de regreso contra el librador y los demás firmantes del cheque, sin necesidad de invocar en contra del librado un pacto entre librador y librado fundado en relaciones causales, generalmente desconocidas para el tenedor del cheque y que, en todo caso, al quedar fuera del documento mismo, colocarían al tenedor a merced de la buena o mala fe del librador. De nada serviría, por otra parte conceder al tenedor un derecho propio contra el librado si éste no paga por no tener provisión.

En nuestro c. de c. ningún texto autoriza para considerar que el librado asume frente al tenedor la obligación de pagar el cheque. Si, como dice el artículo 542, son aplicables a los cheques las disposiciones del Código respecto al ejercicio de las acciones provenientes de las letras de cambio, es cosa evidente que entre ellas no está reconocida ninguna acción contra el librado, sino sólo contra el aceptante. El librado sólo se obliga cambiariamente cuando estampa su firma en la letra, aceptándola. Luego el librado en el cheque no contrae frente al tenedor responsabilidad alguna: Su responsabilidad existe únicamente frente al librador. También en nuestro Derecho puede afirmarse que la emisión de un cheque sólo da lugar a dos relaciones jurídicas que arrancan de la persona del librador; una, que le liga al tomador, y cuyo contenido consiste en garantizar el

pago del cheque, y otra, que le liga al librado, y cuyo contenido consiste en la obligación que éste asume frente al librador de pagar el cheque. Ahora bien, si el cheque no incorpora ningún derecho a reclamar el pago del librado, parece que debe ser excluido del concepto de título-valor. Pero esta conclusión sería inexacta porque la posesión del cheque, como título-valor, es el supuesto para hacer uso de la autorización para obtener el pago por cuenta del librador y del derecho de regreso contra el librador y los endosantes. Los títulos-valores incorporan no sólo derechos en sentido estricto, sino potestades jurídicas, como la conferida por el librador al tomador en el cheque para solicitar el pago del librado.

- 2) *Relaciones entre librador y librado.* A) Contrato de cheque. El pacto de disponibilidad que autoriza al librador para girar cheques a cargo del librado ha sido ya mencionado como uno de los supuestos materiales para la regularidad del cheque. Corresponde tratar ahora de la naturaleza y del contenido de este contrato, a) El pacto que permite al librador retirar por medio de cheques los fondos que tiene en poder del librado, pertenece a la categoría de los contratos de gestión (mandato, arrendamiento de servicios). En sí mismo suele ser gratuito, pero va normalmente unido a un contrato más amplio (contrato de giro) que regula todas las relaciones entre el Banco y el cliente y que tiene carácter oneroso.

La existencia de una relación de negocios duradera entre librador y librado, en la cual el pago de un cheque significa un acto aislado dentro del conjunto de operaciones, es la hipótesis normal del cheque. Pero también es concebible -y más en nuestra legislación, que no exige que el cheque sea librado sobre banquero- un cheque emitido como acto aislado consentido por un deudor para liquidar en esta forma su deuda. En este caso el pacto antecedente en nada se diferencia del de la letra de cambio. Es preciso distinguir entre *contrato de giro* y *contrato de cheque*. Este se limita a autorizar la emisión de cheques a cargo de uno de los contratantes. El primero tiene como finalidad el servicio de caja, o sea la realización de cobros y pagos (causa del contrato), sea en dinero, sea mediante anotaciones de contabilidad. Mientras el pacto de disponibilidad mediante cheques (contrato de cheque) es generalmente accesorio de otro contrato principal (depósito irregular, cuenta corriente bancaria, etc.), el contrato de giro tiene la autonomía propia de su finalidad: de servicio de caja. Otras veces no media más que un depósito irregular de dinero y un acuerdo sobre disponibilidad de ese depósito mediante cheques. Generalmente,

este acuerdo no recibe en la práctica nombre especial, ni su celebración tiene lugar por separado. Suele perfeccionarse sin formalidad alguna, por el solo hecho del envío del talonario de cheques al cliente y la firma por éste del recibo en un impreso que expresa la obligación de conservar cuidadosamente el talonario, avisando al Banco en caso de extravío o sustracción. Los cheques no pueden extenderse en cualquier papel, sino precisamente en los impresos que contiene el talonario. Es más, si el cliente tiene varias cuentas en el mismo Banco, suele éste prohibir que los cuadernos asignados a determinada cuenta sean utilizados para otra (v. en este sentido art. 50 del Reglamento del Banco de España de 23 de marzo de 1948).

A más de estas formas expresas y tácitas de perfeccionarse el contrato de cheque, encontramos otra *forma presunta* en la Exposición de motivos del c. de c. al decir que, "según la costumbre adoptada por todos los Bancos y establecimientos de crédito, se consideran disponibles las cantidades entregadas en metálico y los valores ya realizados". El valor práctico de esta afirmación -que no tiene reflejo en ningún artículo del c. de c. Es casi nulo: ningún Banco pagará más cheques que los extendidos en sus propios impresos, cuya entrega equivale ya a un acuerdo tácito de disponibilidad, b) El contenido fundamental del contrato de cheque consiste en la obligación de pago que impone al librado, siempre que el librador al emitir el cheque haya observado las condiciones pactadas expresa o tácitamente (v. más atrás sobre perfección del contrato de cheque, letra a), supuesto que nuestro C. de c. nada dice sobre este punto. Estas condiciones son de dos clases: a) Condiciones formales. El cheque ha de contener las menciones del artículo 535 del C. de c. en la misma forma que en él se determina (ha de ir en letra la cantidad y la fecha de la expedición) y ha de redactarse en un impreso de los facilitados por el Banco (el cheque de formulario es el único que hoy se encuentra en el tráfico), b) Condiciones materiales. El librado ha de tener fondos disponibles para el librador. Si no los tiene en absoluto o en cantidad suficiente, el librado está autorizado, pero no obligado, a rechazar el cheque (v. más atrás, la sentencia del T. S. de 15 de abril de 1919). Se supone, en tal caso, que media un pacto de concesión de crédito del librado al librador. El incumplimiento de esta obligación fundamental del contrato de cheque qué puede consistir tanto en no pagar el cheque como en pagarlo sin tener autorización del librador produce las consecuencias normales de la infracción contractual.

2. Para el librador sólo derivan del contrato de cheque obligaciones

secundarias: guardar con diligencia el talonario de cheques, llenar los impresos con la misma diligencia, dar aviso al Banco del hurto o extravío del talonario o de un cheque, etc. Con motivo del incumplimiento de estas obligaciones se discute sobre.

- B) El riesgo de la falsificación del cheque. No se trata aquí de determinar la repercusión que sobre las firmas auténticas tiene la falsificación de una firma en el cheque. Este problema se resuelve, como en la letra de cambio, por el principio de la autonomía de las obligaciones de los firmantes del cheque. Aquí se trata de saber si es el librador o el librado quien debe soportar los perjuicios derivantes del pago de un cheque falso. El principio general es que el librado debe sufrir el daño cuando paga un cheque cuya firma es falsa, porque el librado sólo está autorizado para pagar los cheques emitidos por el librador. Al pagar sobre un cheque con la firma del librador falsificada o con su verdadero contenido alterado, incumple el contrato de cheque y tiene que repetir el pago mal hecho. Esta es la doctrina de nuestro T. S. en reiteradas sentencias (5 de junio de 1886, 28 de febrero de 1896, 4 de diciembre de 1906 y 3 de febrero de 1927).

Esta solución se refuerza pensando que el delito va dirigido contra el Banco y que éste, como empresa, debe sufrir el riesgo aislado de la falsificación de cheques que se compensa con el lucro que obtiene del conjunto de las operaciones de pago que realiza. La doctrina del T. S. expresada en la fundamental sentencia de 28 de febrero de 1896, se funda en el artículo 1.162 del c. c., del que se deduce que la "entrega de lo adeudado hecha a un tercero, siquiera se haga por mero error y de buena fe, no libera al deudor de su obligación de pagar, ni perjudica al acreedor en su derecho a cobrar; y que si por la imposibilidad de recuperar lo indebidamente pagado, resultasen perjuicios irreparables, recaen éstos sobre el deudor engañado, como único responsable de sus propios actos, a no mediar sobre este punto pacto en contrario o culpabilidad de parte del acreedor que origine responsabilidades al mismo imputables". Mas la solución precedente se modifica en la práctica bancaria por el doble juego de la existencia de culpa en el librador o de cláusulas modificativas de la responsabilidad del Banco.

a) Aunque el contrato de cheque nada diga sobre este punto, si la falsificación fue debida a falta de diligencia adecuada por parte del librador (falta de precaución en la custodia del talonario o de un cheque

aislado, omisión del aviso al Banco en cuanto descubrió la pérdida o la sustracción, inobservancia de las prescripciones contractuales sobre la manera de llenar el formulario), es claro que no deben imputarse al Banco las consecuencias del pago, sino al librador como culpable indirecto de ese pago. Del mismo modo, se imputará el daño al librador cuando la falsificación se ha cometido por una persona de quien aquél debe responder conforme a las reglas del Derecho civil (art. 1.903 del c. c.). Cuando la culpa está de parte de ambos contratantes (librador y librado) el daño debe ser repartido entre ellos.

b) Prácticamente, las reglas hasta aquí enumeradas apenas tienen aplicación, porque los Bancos imponen a sus clientes ciertas condiciones en el contrato de cheque tendentes a limitar cuanto sea posible la responsabilidad del Banco por el pago de cheques sustraídos o falsificados. Esta modificación de las normas sobre responsabilidad se obtiene: 1° Pactando expresamente la exoneración del Banco en caso de culpa de sus empleados (esta exoneración no puede, naturalmente, extenderse al caso de dolo art. 1.102 del c. c. o de culpa lata, que se equipara al dolo; ejemplo: la Falsificación era tan burda que cualquier persona no perita podía descubrirla). Los Tribunales decidirán en vista de las circunstancias de cada caso sobre la validez de la cláusula de irresponsabilidad. 2° Descargando sobre el cliente las consecuencias dañosas en el caso de pérdida o sustracción de cheques, a menos que el cliente haya dado oportuno aviso de la sustracción o extravío. Esta cláusula desvía sobre el cliente el riesgo de pago sobre un cheque falsificado, a menos que se pruebe la negligencia grave en que incurrió el Banco con ese pago.

La carga de la prueba, cuando se discute sobre el pago de un cheque que se supone falsificado, se distribuye así: el Banco librado ha de probar que la firma era auténtica para poder adeudar en la cuenta del librador que niega la autenticidad del documento; en cambio, si el cheque lleva la firma auténtica del librador, pero alega éste que ha sido alterado el texto, deberá probar el librador su afirmación, dado que el contenido del cheque está aparentemente cubierto por su firma.

c) La revocación del cheque. En este punto se observa la contradicción entre las construcciones teóricas y las exigencias de los intereses necesitados de protección. Si centramos el problema sobre la relación jurídica entre librador y librado y recurrimos a las teorías que pretenden definir el contrato antecedente al cheque que media entre ambos, el problema no tendrá solución. Tanto el mandato (art. 1.737, núm. 1.º del c. c.), como la asignación (art. 790 del c. c. alemán), como la

estipulación a favor de tercero (art. 1.257, párr. 2.º del c. c.), son revocables. Pero la seguridad del tráfico mediante cheques reclama la irrevocabilidad de este documento. Nadie admitiría un cheque en lugar del pago en dinero si estuviese expuesto a una inopinada revocación, quizá inmediata, a la entrega del documento.

La ley debe proteger la confianza del tomador en que el cheque vale como dinero contante. El criterio de las legislaciones en punto a la revocación del cheque es muy vario.

En Inglaterra y en Norteamérica, y en los Países Escandinavos, el cheque es libremente revocable. En Francia y en Bélgica impera la solución contraria. En la legislación germánica se establecía la irrevocabilidad, permitiendo la revocación una vez transcurrido un plazo. Y éste es el sistema que ha pasado a la L. U.

El Derecho positivo español no contiene ningún precepto especial sobre esta materia. El c. de c. español no prohíbe expresamente la revocación del cheque. Y del concepto del cheque como mandato de pago podríamos deducir la posibilidad de su libre revocación. Pues bien, si en las relaciones entre librador y librado se considera el cheque revocable, es claro que el librado estará obligado a secundar la declaración revocatoria hecha por el librador, no pudiendo, en consecuencia, cargar en la cuenta de éste el pago que realice. Pero el librador responderá frente al tenedor del cheque por haber impedido, por hecho propio, que el cheque llegue a buen fin.

Recordemos que, conforme al párrafo 2.º del artículo 537, el librador sólo se exonera de responsabilidad frente al tenedor cuando sin culpa suya ha desaparecido la provisión de fondos una vez transcurrido el plazo legal de presentación. Esto significa que responderá siempre cuando el cheque resulte impagado por una revocación que conduzca al bloqueo de la provisión, independientemente de que esa revocación se produzca dentro o fuera del plazo legal de presentación del cheque.

A efectos penales podría pensarse en asimilar la revocación del cheque a la retirada de fondos para impedir su pago, que está penada en el núm. 2.º del artículo 563 bis del Código penal, texto reformado por Ley de 15 de noviembre de 1971. Es, sin embargo, dudoso, dado el carácter penal de la disposición, que ésta puede ser interpretada extensivamente, ya que es claro que no es lo mismo retirar los fondos que revocar el cheque manteniendo fondos suficientes para pagarlo en poder del librado. Ahora bien, el posible carácter delictivo de la revocación del cheque no afecta al problema de Derecho contractual de la revocabilidad del cheque en las relaciones entre librador y librado.



3) Relaciones entre librador y tomador Así como las relaciones entre librador y librado se rigen por el contrato de cheque, estas otras relaciones se rigen por el contrato causal que media entre librador y tomador y del que resulte la necesidad del primero de hacer un pago al segundo. Esta es la regla general. Mas también puede ser emitido el cheque no para cancelar una obligación preexistente del librador frente al tomador (*causa solvendi*), sino para constituir un préstamo (*causa credendi*) o para realizar una donación (*causa donandi*). En cualquiera de estos casos el cheque se entrega y se recibe como medio para un fin, que es la obtención de dinero.

Cuando el cheque se entrega con fines de crédito, habrá una especie de pacto de mutuo dando que vinculará al librador, puesto que la entrega del cheque no equivale a la entrega del dinero. Si se entrega por causa de donación, tampoco se considerará ésta perfecta hasta que el tomador entre en posesión de la suma objeto de la donación. En ambos casos la entrega del cheque es simultánea a la constitución de la relación subyacente.

Pero lo normal es que librador y tomador se encuentren antes de la entrega del cheque ligados por una relación causal que imponga un pago en dinero y que el cheque sea emitido como medio de cumplimiento de esa obligación, derivada de un contrato de compraventa, préstamo, mandato, sociedad, arrendamiento, etc.

¿Qué influjo tiene sobre esa relación causal precedente la entrega del cheque? Evidentemente, con esa entrega el acreedor no recibe dinero, sino una orden de pago a una tercera persona de quien se ha de recibir el dinero. Si con la entrega del cheque la deuda de dinero quedase extinguida, estaríamos en el caso de una dación en pago: en lugar de dinero se entrega un documento y esa entrega sustituye o equivale al dinero. Mas para que este efecto se produzca, es necesario el consentimiento expreso del acreedor en que la deuda quede extinguida, renunciando a las acciones derivadas del contrato causal (Vale aquí lo dicho al tratar de la letra de cambio A falta de declaración expresa en sentido contrario, la entrega de un cheque por el deudor al acreedor sólo produce el efecto de suspender la acción derivada de la obligación primitiva, en tanto el cheque no se realice o se perjudique por culpa del acreedor. Esta es la regla formulada por el artículo 1.170 del c. c., donde expresamente se niega a la entrega de documentos mercantiles los efectos de pago. El cheque, en definitiva, es un medio de pago y no un equivalente del pago en dinero. Una orden de pago no es un pago. La evidencia de esta conclusión fue puesta en entredicho por la sentencia del T. S. de 22 de junio de 1927, a

cuya tenor "siendo el cheque, según el artículo 533 del c. de c., un mandato de pago de uso corriente en las transacciones de la vida, el admitir el vendedor... esa forma de pago sin averiguar si el comprador... que suscribía el cheque, tenía fondos disponibles... es lo mismo que si lo hubiera recibido en metálico". Esta doctrina es, a nuestro juicio, difícil de conciliar con el artículo 1.170 del c. c.

El tomador no asume ninguna obligación por el hecho de admitir un cheque como medio de obtener el pago. La ley le estimula, pero no le obliga, a que presente al pago el cheque dentro de cierto plazo. El estímulo consiste en que si deja de presentar el cheque en esos plazos pierde, en primer término, todo recurso contra los endosantes y contra el librador si la provisión de fondos desaparece por causa de quiebra o de suspensión de pagos ; y en segundo término pierde la acción derivada del contrato causal porque al admitir el cheque como medio para satisfacer su crédito, lógicamente se supone que habrá de intentar el cobro oportuno del cheque y que sólo ante el fracaso de su intento haría revivir contra el librador la acción derivada de la obligación primitiva.

4) Relaciones cambiarias derivadas del cheque. El artículo 342 c. del c. de c. declara aplicables al cheque las disposiciones del Código respecto a la garantía solidaria de librador y endosantes. Esta es la disposición fundamental del Derecho externo del cheque.

Independientemente de las relaciones subyacentes que vinculen al librador con el tomador o al endosante con su endosatario, la suscripción de un cheque como librador o la firma como endosante produce el efecto de garantía clásico de la letra de cambio: la responsabilidad solidaria en caso de que el cheque no sea pagado. Esta responsabilidad se desenvuelve por cauces distintos de los del Derecho interno del cheque, por lo mismo que vincula a personas que pueden no estar ligadas por lazo causal alguno. Así, el librador responde no sólo frente al tomador, sino frente a los sucesivos endosatarios, y cada endosante responde también frente a todos ellos y no sólo frente a su endosatario. Y como el librado no está nunca obligado cambiariamente frente al tenedor a pagar el cheque, tendremos que si el cheque es girado a la orden, el único obligado al pago frente al tenedor será el librador, si no existe ningún endoso, y el librador y los endosantes si el cheque fue endosado. En el cheque emitido al portador el único obligado cambiario es el librador.

La relación cambiaria entre los sucesivos tenedores de un cheque girado a la orden se rige por las disposiciones del c. de c. relativas al endoso. La función traslativa del endoso de un cheque se refiere, naturalmente, a la autorización de cobro y a los derechos cámbianos contra

los firmantes del documento, no contra el librado (v. más atrás, página 840). El supuesto para la responsabilidad del librador es la existencia de un cheque válido y suscrito por la auténtica firma de una persona capaz o por su representante con poder suficiente. La firma del cheque por el librador no es por sí sola fuente de obligación ha de realizarse, además, la entrega del cheque. Puede aquí ser aplicado lo dicho en materia de letra de cambio y de títulos valores.

El supuesto para la responsabilidad de los endosantes es la existencia de un endoso válido o de una serie regular de endosos que enlacen sin solución de continuidad el nombre del endosante con el del tenedor del cheque. La responsabilidad del endosante puede ser excluida con la cláusula que para la letra de cambio autoriza el artículo 467 del C. de c. La responsabilidad del librador es inderogable.

EL PAGO DEL CHEQUE. Significa el cumplimiento por el librado de la obligación que él asumió en el contrato de disponibilidad (v. más arriba, página 855). En el pago oportuno están interesados tanto el librador -que se ve libre de toda acción cambiaría o causal -como el tenedor- que ve transformada en dinero la promesa de pago admitida en vez del dinero. La función del cheque como medio de evitar el pago en metálico se explica precisamente porque tiende al pago como fin normal de su vida. Sólo cuando se paga surte su entrega al acreedor los efectos del pago (art. 1.170 del C. c.). La confianza en que el cheque será pagado explica que el acreedor consienta en admitir una orden de pago en lugar de un pago efectivo. Como en la letra de cambio, comenzamos por distinguir aquí la presentación al pago del cheque, estudiando en este último punto la legitimación del tenedor. Pero el cheque, a diferencia de la letra, presenta modalidades especiales de pago cuya consideración es inexcusable. Finalmente, procede estudiar los efectos del pago en las relaciones de librador y librado y de tomador y librador.

1) La presentación al pago. A) El vencimiento a la vista es de esencia al concepto del cheque. Puesto que el cheque se toma como medio de pago, al tomador no se le debe imponer ninguna espera para que convierta en dinero la promesa de dinero. El pago del mandato -dice el art. 359 del C. de c.- se exigirá al librado en el acto de la presentación. En ese momento vence la obligación de pago por un tercero asumida por el librador frente al tomador. El señalamiento de un término no surtirá efecto alguno. Sin respetar ningún pacto de aplazamiento, el tenedor puede presentar el cheque inmediatamente al librado y reclamar su pago. B) Al contrario, la ley le impone un término máximo de presentación en

los artículos 537 y 538 del C. de c.: cinco días si el cheque está librado en la misma plaza, ocho si lo fuere en otra diferente y doce para los librados en el extranjero.

Los plazos de presentación del cheque se cuentan a partir de la fecha de emisión que figura en el documento, sea o no verdadera y aunque se demuestre que no lo es.

Legitimación del tenedor para que el pago del cheque surta efecto en las relaciones del librado con el librador, es preciso que se pague a persona legitimada para recibir el pago. (Sobre legitimación en materia de títulos-valores en general.

La posesión del cheque es condición mínima para ejercitar la autorización de cobro conferida por el librador. Pero no siempre es suficiente del artículo 535, que permite el giro al portador; a la orden y a favor de persona determinada, deriva la triple posibilidad de legitimación del tenedor del cheque: o mediante la simple posesión, o mediante la posesión y la cadena de endosos que llegue sin interrupción hasta el poseedor, o mediante la posesión y la prueba de ser el presentante la misma persona designada en el cheque nominativo (o su causahabiente). Para que el pago sea válido frente al librador ha de hacerse, pues, a la persona legitimada según la ley de circulación del título, o sea:

A) Al portador si el cheque está expedido en esta forma o en forma anónima El cheque al portador es el preferido por los Bancos, en razón a que en él no existe para ellos ningún deber de examen de la legitimación del titular: es válido el pago hecho a quien aparezca como poseedor. La posesión es aquí condición mínima y, al propio tiempo, suficiente para legitimarse como titular, aunque el verdadero titular sea otra persona El librado no sólo no está en el deber de un mayor examen de la titularidad del presentante, sino que tampoco está autorizado para hacerlo, siendo responsable frente al librador del daño causado si suspende el pago para comprobar el derecho del portador. Esta regla no releva, sin embargo, al librado de excusar el pago inmediato y proceder a un examen más detenido de la legitimación del portador, cuando ha recibido aviso del librador advirtiéndole la pérdida o la sustracción del cheque, o cuando medien otras circunstancias que autoricen la sospecha contra el presentante. B) Al tomador o al último endosatario si el cheque está expedido a la orden. En esta clase de cheques el deber de examen de la legitimación que se impone al librado es idéntico al del aceptante de una letra de cambio. Vale, por tanto, aquí lo dicho en el Derecho cambiario al tratar de la legitimación e identidad del portador.

C) A la persona nominativamente designada, (o a la persona que

traiga causa de ella según las normas del Derecho civil), si el cheque está expedido a favor de persona determinada (cheque directo y, por tanto, no transmisible mediante endoso). Esta forma de cheques es la menos extendida en el tráfico en razón a ser más rigurosa la obligación del Banco de comprobar la legitimación y la identidad del presentante, y, también, porque el cheque nominativo, al impedir la transmisión por endoso o por simple tradición, evita un solo pago en metálico.

3) Modalidades especiales del pago Estas modalidades afectan a la persona autorizada para cobrar el cheque (cheque cruzado) y a la forma en que se realiza el pago mismo (cheque para abonar en cuenta).

A) Cheque cruzado (art. 541 del C. de c.) El cruzamiento del cheque significa, por tanto, una limitación a la legitimación para el pago, creada a favor del titular en las formas hasta aquí expuestas. Así se desprende del precepto citado, cuando niega la liberación de responsabilidad al librado si paga a persona que no sea el banquero o sociedad indicada. Si éste es el efecto del cruzamiento, la causa reside en la conveniencia de evitar los riesgos inherentes a la pérdida o sustracción de los cheques, haciendo responsable al librado que pagó al portador en lugar de hacerlo al banquero o sociedad designados. La intervención en el cobro de una sociedad o de otro banquero hace casi imposible que se pague contra la voluntad de su legítimo propietario. El cheque cruzado nace en la práctica bancaria inglesa cuando los libradores, suponiendo que el tomador habría de entregar el cheque a su banquero, empiezan a escribir el nombre de éste a través del anverso del documento. Más tarde, para facilitar la transmisión a otras personas en vez de designar un banquero determinado, el librado se limitaba a escribir cruzadas las palabras "y Compañía". Aparece así la distinción entre cruzamiento especial y general que ha recogido nuestro C. de c.

El artículo 541 admite las dos formas de cruzamiento del cheque que conoce la práctica bancaria: el *especial*, cuando se indica en el cheque que se pague a banquero o sociedad determinada; y el *general*, cuando se escriben solamente las palabras "y Compañía". Tanto en uno como en otro caso, el efecto propio del cruzamiento es limitar el ámbito de los autorizados para cobrar el cheque, reduciéndolo a un solo banquero o a las sociedades o personas que tengan la cualidad de banquero. El tenedor de un cheque cruzado, para poder ejercitar la autorización de cobro que el cheque contiene, ha de obtener la mediación de un banquero o sociedad. Tiene un derecho, pero no puede ejercerlo sin esa asistencia. Si lo ejercita y el librado paga desentendiéndose de la indicación que contiene el cruzado, ese pago no releva de responsabilidad al librado (art.

541).

B) Cheque para abonar en cuenta. Así como el cheque corriente excluye el pago en metálico, el cheque con la cláusula "para abonar en cuenta" excluye el pago en metálico del cheque mismo. En vez de pagar en dinero el importe del cheque, el librado se limita a abonar ese importe en la cuenta del tenedor. Todo cheque puede ser convertido en un cheque de esta clase mediante la adición de una cláusula que prohíba su pago en dinero constante. Esta adición puede hacerla el librador o cualquier tenedor del cheque.

En la historia del cheque aparecen los mandatos de transferencia -verdaderos cheques para abonar en cuenta- como precedente del cheque típico actual dirigido a obtener un pago en metálico. El Banco de España los utilizaba antes de que el C. de c. reglamentase el cheque. El efecto propio de esta clase de cheques consiste en que el librado sólo está autorizado para pagar el cheque por vía de un asiento en su contabilidad. Este asiento se hace en forma de abono en la cuenta propia del tenedor del cheque. Se presupone, por tanto, la existencia de una relación bancaria de cuenta corriente entre el librado y el tenedor o un tercero a quien se pueda hacer el abono con autorización del tenedor. El Banco librado cargaría el importe del cheque en la cuenta del librador y lo abonaría en la del tenedor. Una vez realizado el abono en la cuenta indicada por el tenedor, el cheque se considera pagado.

Las variadísimas formas de pago a que dan lugar estos cheques no pueden ser recogidas en esta obra. De otra parte, la eliminación del pago en metálico de los cheques, característica de las de establece, puede conseguirse también con cheques ordinarios por medio de la compensación bancaria. Es frecuente que el tenedor de un cheque al portador o a la orden lo entregue en su Banco para que se lo abone en cuenta. Si ese Banco es el librado en el cheque, se limitará a realizar la transferencia de fondos de la cuenta del librador a la del librado. Si el cheque es a cargo de otro Banco, se supone transmitido exclusivamente con el fin de su cobranza y su abono en la cuenta del cedente. Mas estos cheques tampoco suelen cobrarse en metálico porque los Bancos que los toman se limitan a realizar el abono en la cuenta de su cliente y a presentar el cheque en la Cámara de compensación a que pertenecen el Banco cesionario y el Banco librado.

En España no está extendido el uso de los cheques para abonar en cuenta, aunque esta cláusula sea perfectamente válida. Y en la doctrina se discute si esta clase de cheques satisfacen o no mejor que los cheques cruzados las necesidades del tráfico. Aunque los efectos jurídicos sean

distintos, ambas especies llegan al mismo resultado práctico, es a saber, que el pago del cheque se realice a una entidad o persona conocida a cliente del librado.

4) Efectos del pago El pago hecho por el librado extingue todas las relaciones jurídicas creadas por el cheque. Los obligados en el cheque (librador y endosantes) quedan liberados de su responsabilidad. A más de estos efectos puramente cambiarios, el pago repercute en las relaciones extracambiarías de librador y librado, de éste con el tenedor y de librador y tomador del cheque.

A) Por el pago se reduce, en el importe del cheque, la provisión que existiese en poder del librado. Este deja cumplida total o parcialmente la obligación que asumió en el contrato de disponibilidad.

B) Tenedor y librado entran en relación sólo en el momento de la presentación al pago del cheque. Si el librado paga, tiene derecho a que el tenedor le entregue el cheque con el recibí y la fecha del pago (art. 539). Se trata, pues, de un derecho del librado contra el tenedor, cuyo ejercicio está condicionado por el hecho del pago.

C) El pago del cheque significa el cumplimiento de la condición suspensiva de que pendía la extinción de la obligación primitiva existente entre librador y tomador, y para cuya ejecución se entregó el cheque. Los efectos de esta extinción por virtud del pago se retrotraen al momento de la entrega del cheque (art. 1.170 del C. c.).

Este precepto dice: "La entrega de letras de cambio u otros documentos mercantiles sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados o cuando, por culpa del acreedor, se hubiesen perjudicado. Entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva, quedará en suspenso La sentencia de 5 de junio de 1886, aplicando los preceptos del Reglamento del Banco de España sobre precauciones que debe adoptar el Banco al pagar un cheque, y que en el caso de aquel pleito fueron incumplidas, declara que esa falta de cumplimiento hace responsable al Banco si pagase un talón falso por proceder el perjuicio de actos propios de aquel establecimiento, que no pueden equipararse a la pérdida o sustracción de los talones al portador de que habla el artículo 230 de dicho Reglamento.

En punto a riesgo de la falsificación del cheque, es fundamental la sentencia de 28 de febrero de 1896, fundada en el artículo 1.162 del C. c., del que se deduce, según esta sentencia, que la entrega de lo adeudado hecha a un tercero, siquiera se haga por mero error y de buena fe, no libera al deudor de su obligación de pagar, ni perjudica al acreedor en su derecho a cobrar; y si por la imposibilidad de recuperar lo indebidamente

pagado, resultasen perjuicios irreparables, recaen éstos sobre el deudor engañado como único responsable de sus propios actos a no mediar sobre este punto pacto en contrario o culpabilidad de parte del acreedor que origine responsabilidad al mismo imputable.

La sentencia de 21 de junio de 1943 insiste en declarar la responsabilidad del Banco cuando paga un cheque falsificado al declarar que "está reconocido por la jurisprudencia que el pago hecho sobre un talón de cuenta comente con firma falsificada no libra al Banco de su deuda con el verdadero acreedor, por imperio del artículo 1.162 del c. c., en relación con los artículos 534 y 543 del vigente c. de c."

ACCIONES QUE CORRESPONDEN AL TENEDOR DEL CHEQUE

Se dirigen estas acciones o contra el librador o contra los endosantes, supuesto que el librado no contrae ninguna obligación frente al tomador. En el cheque sólo se dan acciones regresivas, nunca la acción directa, la cual presupone la aceptación del librado. Por la misma razón, la responsabilidad del librador en toda clase de cheques y la de los endosantes en los cheques a la orden, no es una responsabilidad subsidiaria, supuesto que el librado no tiene ninguna obligación de pago frente al tenedor del cheque. Es una responsabilidad principal, aunque condicionada por el hecho de la falta de pago. Es, en suma, una responsabilidad típicamente regresiva.

Junto a esta responsabilidad cambiaria, fundada en el cheque mismo, incumbe al librador otra suerte de responsabilidad que no se funda ya en el cheque, sino en la relación causal que explica su entrega al acreedor. Estudiamos separadamente las acciones que, en uno y otro terreno cambiario y causal corresponden al tenedor del cheque. Prescindimos aquí del estudio de la acción penal a que da lugar la entrega de un cheque en descubierto, conforme al artículo 563 bis del Código penal.

1) Acción cambiaria esta acción está reconocida en el artículo 542 del C. de c., cuando declara aplicables a los cheques las disposiciones del Código relativas al ejercicio de las acciones provenientes de las letras de cambio. Estas acciones son las que menciona el artículo 516, salvo que en el cheque no cabe ninguna acción contra el aceptante, porque no hay aceptación.

A) Condiciones de su ejercicio. Limitada, pues, la acción cambiaria del tenedor del cheque a la acción regresiva contra librador y endosantes, esta acción está sometida a las mismas condiciones legales impuestas al tenedor de la letra de cambio son a saber: a) La presentación al pago

dentro de los plazos señalados en los artículos 537 y 538. b) La falta de pago. El protesto, expresamente mencionado en el artículo 542. d) La notificación a los coobligados, si se dirige la acción contra alguno de ellos después de haberse intentado contra otro. El librador asume una posición distinta de la de los otros obligados en vía de regreso, porque responde del pago del cheque, aunque éste haya sido presentado fuera de plazo, a no ser que la provisión de fondos haya entre tanto desaparecido del poder del librado por causa de suspensión de pagos o quiebra. Este artículo es en materia de cheques el equivalente del 469, que decreta el perjuicio de las letras giradas a la vista que no se presentan al pago en los plazos de los artículos 470 y siguientes. Pero nuestro C. de c., siguiendo el modelo de la ley francesa de 1865, establece un sistema de decadencia distinto del cambiario en cuanto al librador éste no puede oponer la decadencia del cheque -y, por tanto, la liberación suya- más que cuando la provisión ha desaparecido por causa que no le es imputable. La acción que, fuera de este caso, conserva el tenedor negligente contra el librador es una verdadera acción cambiaria regresiva, como lo prueba el hecho de ser considerada en el artículo 537, idéntica a la que se dirige contra los endosantes.

Además de esta acción cambiaria contra el librador, subsiste a favor del tenedor una acción de enriquecimiento si el librador no demuestra haber hecho provisión de fondos al librado. Esta acción se da en todo caso, es decir, aunque el cheque no se haya presentado al pago dentro de plazo y aunque no se haya levantado protesto. El librador que opone al tenedor la decadencia del cheque debe probar que había provisión en el Banco (v. aportando el extracto de su cuenta o el saldo). La doctrina de nuestra jurisprudencia (v. sentencia de 1º de mayo de 1926) asimila la posición del librador de un cheque sin provisión a la del librador de una letra en el mismo caso. Como allí, se trata también de una acción de enriquecimiento fundada en la relación causal, o sea en la relación de provisión de fondos que liga a librador y librado. Del artículo 542 en relación con el 537 se deduce que, excluida la decadencia del cheque mediante su presentación en los plazos de los artículos 537 y 538, y el protesto en el plazo del número 1 del artículo 504, el derecho de regreso se desenvuelve en análoga forma que en materia cambiaria:

El derecho de regreso puede ejercitarse de dos maneras: o por requerimiento directo al obligado, o entablando contra él una acción judicial, que será ejecutiva si al cheque se acompaña el protesto, y el librador o el endosante demandado reconocen su firma.

No se da, en cambio, para el cheque la tercera forma de actuación

del regreso cambiario, es a saber: el giro de letra de resaca el artículo 542 sólo extiende al cheque la aplicación de las disposiciones relativas al ejercicio de las acciones provenientes de las letras de cambio, sin hablar de la resaca. Y es lógico, porque la resaca sustituiría el cheque por una letra de cambio, que es un título completamente distinto en sus requisitos extrínsecos e intrínsecos (v. gr.: no presupone la existencia de una provisión en poder del librado).

B) Solidaridad de los obligados. El artículo 542 del c. de c, califica de solidaridad la garantía del librador y de los endosantes. Esta solidaridad es la misma solidaridad especial de los obligados al pago de la letra de cambio. Vale, pues, lo dicho al tratar de ello, salvo que el librado no entra nunca en el círculo de esta especial solidaridad.

C) Excepciones oponibles. El envío a las disposiciones que regulan el ejercicio de las acciones propias de la letra de cambio (Art. 542), excusa un estudio detenido de la materia de excepciones oponibles a las acciones que ejercite el tenedor del cheque. Excluida la acción directa contra el librado, la posición del librador, de los endosantes y de los avalistas de uno y de otros, es idéntica a la de estas mismas, personas en la letra de cambio. El c. de c. remite esta materia de las excepciones a la Ley de Enjuiciamiento civil (Arts. 523 del c. de c. y 1.466 y 1.465 de la Ley procesal). El carácter causal de las obligaciones del librador y endosantes trasciende lógicamente al juego de las excepciones oponibles. Pero la Ley procesal no establece distinción alguna entre excepciones personales o relativas y excepciones reales o absolutas, distinción que descansa, cabalmente, en el contrato causal. Sobre este punto vale lo dicho anteriormente.

2) Acción causal La entrega de un cheque no equivale al pago de la deuda de dinero derivada del contrato causal. La única prestación que extingue la deuda de dinero es el pago de la especie pactada, o, en su defecto, el de moneda de plata u oro que tenga curso en España La costumbre de admitir cheques en los pagos sin formular ninguna reserva respecto a su cobro no es suficiente para enervar la declaración categórica del párrafo 2º de ese mismo precepto. La consecuencia es que sobreviven las acciones derivadas del contrato causal primitivo (que quedaron sólo en suspenso) y que el tenedor puede ejercitarlas contra el otro contratante (tomador o endosante inmediato) si el cheque no se paga. Es, pues, requisito previo al ejercicio de esas acciones la presentación oportuna del cheque y el requerimiento de pago. Si el tenedor no presenta el cheque o lo presenta fuera del plazo legal, pierde la acción cambiaria de regreso en los términos del artículo 537, y pierde también la acción derivada del contrato causal, puesto que el perjuicio del cheque equivale a su pago,

según resulta del artículo 1.170, del c. c. Declara la sentencia del de 6 de julio de 1.966, que para que el ejercicio del documento produzca los efectos del pago, con arreglo al artículo 1.170 del c. c., es preciso que se deba a "acción culposa, o sea de responsabilidad", no produciendo los efectos del pago el perjuicio del documento, debido a simple omisión o negligencia. La razón de esta pérdida de la acción causal está en la mora del acreedor, quien al admitir el cheque como medio para satisfacer su crédito, se compromete en interés propio frente al deudor a intentar oportunamente el cobro del título.

Esta regla no sufre excepción respecto del librador porque contra él subsiste la acción propia del cheque (cambiaria) y la acción propia del contrato causal mientras permanezca la provisión en poder del librado, aunque hayan transcurrido los plazos legales de presentación. El cheque no se perjudica respecto del librador más que por el doble hecho de haber transcurrido el plazo de presentación y haber desaparecido la provisión, sin culpa del librador. Frente a los endosantes, basta el primero de esos hechos. Con esta interpretación del artículo 537 quizá pudiera salvarse la desarmonía que hemos denunciado repetidamente entre el c. de c. y el c. c. (Art. 1.170), al reducirse a los dos supuestos indicados el perjuicio de cheque frente al librador.

La sentencia de 1° de mayo de 1926 establece la responsabilidad del librador al reembolso del cheque sobre la base de los artículos 456, 457, 459 y 460 del c. de c., fundándose en que estos preceptos son aplicables al cheque por disposición del artículo 542. Pero quizá no haya tenido en cuenta esta doctrina que la responsabilidad del librador en caso de cheque perjudicado, se regula específicamente en el párrafo 2° del artículo 537 del c. de c., en donde se establece un sistema, que es distinto del derivado de los preceptos que la sentencia cita, relativos a la responsabilidad del librador en una letra de cambio.

EL CHEQUE EN MATERIA PENAL

Como es de conocimiento de todos nosotros, lo cierto es que las cárceles del país están llenas de personas que han librado cheques sin la debida provisión de fondos y se ha dicho en forma reiterada que el legislador equivocadamente deja la posibilidad de castigo por el impago de una deuda puramente mercantil, lo cual contradice a normas constitucionales, como lo es, a la que dice no hay prisión por deudas.

Pago de Cheques sin Provisión de Fondos

El capítulo VI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal que trata sobre los Delitos contra la Fe Pública, en su Art. 243 P.n. tipificada y sanciona el ilícito del pago de cheques sin provisión de fondos, el que de en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero y siempre que no constituya otro delito mayor, un cheque o giro, sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto y no abonare el valor respectivo en moneda de curso legal, su pago no obstante de habersele hecho saber el protesto en cualquier forma. El Código Penal tiene como bien jurídico tutelado la Confianza y la Buena Fe de quien recibe un cheque, con la convicción de que está recibiendo "casi" dinero en efectivo, así el Legislador supone que el girador de un cheque, está burlando la confianza depositada en él por el beneficiario y por ello y por el perjuicio social que esto provoca, se lo sanciona.

De éste modo para evitar que el cheque sea el título menos confiable de todos, se creo una protección adicional, como la del Art.243 P.n. del Código Penal, que busca sancionar como queda dicho a aquellas personas que pretenden defraudar la confianza pública al librar algún cheque, sin provisión de fondos.

Características del Delito

1. Giro de un Cheque.

El girador emite un cheque en contra de su cuenta corriente existente en un Banco, por escrito, para que se pague una suma determinada al beneficiario, por cualquier concepto;

2. Que no tenga Fondos.

Generalmente es de suponer que quien gira un cheque tiene fondos para cancelar el importe del valor constante en él, sin embargo en éste caso no tienen fondos suficientes para el pago del mismo;

3. Que no constituya otro Delito

Puede ser generalmente que ya no sea éste ilícito, sino el delito de estafa que se encuentra tipificado y castigado en el Art. 216 P.n. del Código Penal;

4. Que el Cheque esté Protestado.

Cuando el Banco girado al recibir un cheque, constata que los fondos que mantiene en dicha institución el girador, no son suficientes, conforme lo dispone la Ley de la materia y como he analizado, debe sentar la razón correspondiente, de que el mencionado cheque se ha protestado por insuficiencia de fondos del girador, con la fecha de protesto;

Notificación con el Protesto

La notificación con el protesto tiene por objeto dar a conocer al girador que su cheque no ha sido pagado y que por lo mismo se ha levantado el protesto, pero no es necesario que la notificación sea hecha de manera judicial, como sí lo exigen otras legislaciones, sino que esta notificación se lo puede hacer de cualquier forma, así lo han ratificado varias sentencias dictadas por la Corte Suprema.

Autor del Delito

Este ilícito sólo lo comete el girador del cheque, él es su autor material y directo, no se puede ampliar la autoría a los endosantes, por encontrarse expresamente prohibido por el Art. 4 del Código Penal, la interpretación extensiva.

Efectos de los Abonos a un Cheque

Uno de los problemas que han preocupado tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, son los efectos que traen aparejado los abonos que se pueden hacer a un cheque, en relación al campo penal. No olvidemos algo que es de suma importancia y esto es que el cheque que se dé en pago de obligaciones, estas se extinguen cuando el cheque es cancelado íntegramente, la jurisprudencia dice que el cheque como tal no constituye pago, sino cuando se lo hace efectivo.

Abonos al Cheque antes que se presente al Banco se dice por parte de algún autor que esto no desvirtúa la acción penal, los demás autores dicen que sí, pues el delito no se ha concluido, no solo por no reunir la orden escrita que exige, sino porque no se ha notificado con él protesto, personalmente comparto esta última opinión pues así lo establece la ley. Abono efectuado luego de la notificación del Protesto.

Hay criterios contradictorios, aún cuando personalmente creo, que si el acreedor ha aceptado abonos a cuenta del cheque protestado hace que dicho documento pierda su carácter de cheque y se degenera en un simple pagaré, o documento de crédito.

Abono efectuado al Cheque con posterioridad Los abonos así realizados no tienen influencia en el juicio penal, pero obviamente habrá que considerar como una atenuante; pero repito el abono realizado de esta manera no tiene la propiedad de enervar la acción penal o el Ejercicio de la Acción.

Es de acción privada el delito tipificado y sancionado en el Art. 243 del Código Penal así se puede dictar de oficio a menos que haya

acusación particular.

Nota Importante

En el caso del Art. 815 del Código de Comercio, ninguna diligencia de investi socios es menester señalar que si el cheque no se presenta dentro de los plazos señalados por la Ley para su cobro, impide con su negligencia la configuración del tipo delictivo antes indicado. La razón es que el cheque ha caducado y cuando caduca o prescribe, deja de ser título valor e incluso deja de ser documento probatorio, pues la obligación básica ha caducado simultáneamente con el cheque.

Existe pues doble razón para la no integración del tipo delictivo:

1. La inexistencia del cheque; y,
2. La falta de presentación o presentación inoportuna.

Jurisprudencia

1. La entrega al girador del cheque protestado y de la copia de la solicitud del portador de tal cheque, es suficiente aviso para que el girador sepa del protesto, pues el Art. 243 P.n. del Código Penal, no establece fórmula solemne alguna para la notificación con el protesto, y sólo dice que el pago debe efectuarse una vez hecho saber el protesto en cualquier forma,
2. Aceptado por el portador del cheque, según acuerdo, abonos parciales hechos por el girador, antes de la citación con el protesto, se enerva la acción penal, subsistiendo sólo lo mercantil.
3. El cheque protestado por falta de fondos y presentado como base de la acción penal, no constituye cuerpo del delito de la infracción puntualizada en el Art. 243 P.n. del Código Penal, porque es un documento que, según los datos que arroja el proceso, fue destinado a servir sólo de constancia que contraviene a la naturaleza jurídica del cheque conforme a la Ley de la materia.

Carácter del delito

Algunos autores dicen que es un delito formal, porque el ilícito se materializa cuando se realiza el hecho; otros Autores dicen que es un delito de peligro, porque se integra en independencia del enriquecimiento y consiguientes empobrecimiento, debido al peligro que entraña la simple posibilidad de circulación de una orden incondicional de pago; se dice por parte de otros autores que es un delito de daño, porque el hecho mismo de girar un cheque sin la debida provisión de fondos implica voluntad de

delinquir, de perjudicar fraudulentamente a otro en su propio beneficio. El Tratadista Luis Muñoz dice: "La justicia se ha convertido en cobradores de usureros sin escrúpulos. Que la circulación del cheque no amerita ser protegido con sanción penal".

En nuestra Legislación Penal esta clase de ilícitos van contra el patrimonio particular.

Falsificación y Estafa cometida mediante Cheques

Se ha planteado el problema, por la doctrina y la jurisprudencia, en orden si hay dos delitos o uno sólo, cuando una persona falsifica un cheque y entrega a otra persona como pago.

Se pregunta si hay dos delitos o sólo el de la falsificación, otros dicen que la falsificación es el delito medio, para cometer la estafa.

En este caso, ambas, estafa y falsificación tienen un elemento similar, que es el factor económico, esto es el perjuicio que se causa al ofendido. Repito se dice que sólo hay un delito, que es el de la falsificación de instrumento privado y que produce perjuicio económico a otra persona, así la estafa queda totalmente excluida por la falsificación, pues se señala que el bien jurídico más importante que se viola es en la falsificación, la fe pública que es superior al interés patrimonial que existe en la estafa, como delito contra la propiedad.

La Falsificación

Respecto a la falsificación, puede señalar que es la acción y efecto de falsificar, es decir adular, corromper una cosa material o inmaterial. En la falsificación es nulo y el Banco por regla general no puede pagarlo, bajo pena de sanciones legales, especialmente cuando la firma del girador no es la misma. La falsificación del cheque lo contempla nuestro Código Penal en el Art. 282, así el cheque se encuentra comprendido entre los documentos de tipo mercantil. La responsabilidad del Banco Girado, es que debe soportar el pago indebidamente hecho y por tal los fondos del girador permanecen intactos. El Art. 818 Com, establece las diversas clases de responsabilidad, ya sea del Banco Girador o del Girado, respecto a la pérdida y a la falsificación de cheques.

El Cheque en Blanco

Es el documento que sólo lleva la firma del girador y se omite los otros requisitos. Como todos conocemos nuestra legislación no acepta esta clase de cheques, pero igualmente a todos nos consta que en la práctica diaria si lo hay, pues estos cheques al igual que los posdatados

sirven para garantizar obligaciones ficticias. El cheque para ser tal hemos visto que debe estar lleno y no contener blancos o vacíos para ser cubiertos posteriormente a emisión.

El cheque en blanco no es propiamente tal, desde el punto de vista jurídico, pero en la práctica se da igual que el posdatado.

El cheque girado en blanco por esta razón es idóneo para generar responsabilidad penal a su girador, pero se origina el problema legal, cuando tal instrumento es llenado por una tercera persona con respecto a la cantidad, ya que si ésta falta, el Banco no puede hacer ningún pago, aunque haya fondos suficientes.

Así se pregunta ¿cuál será la acción legal o los derechos puede hacer valer la persona que ha dejado en manos de una tercera persona, un cheque con su firma y el cual ha sido completado en forma arbitraria, tanto en su monto como en su fecha?... Se cometerá el delito de estafa tipificado o sancionado en el Art. 215 P.n. del Código Penal o se cometerá el delito de falsedad y sancionado en el Art. 283-284 P.n. del cuerpo de leyes citado?... Yo me inclino por esto último.

Este punto será motivo de un especial y detallado análisis en un trabajo que estoy preparando sobre el Juicio por el Delito de Estafa, sin embargo me permito anotar, ante varias interrogantes que me han planteado amigos, esto es:

¿Si existe o no estafa cuando el sindicado ha girado un cheque en cuenta cerrada, sin conocer la fecha de cierre de su cuenta corriente?

Si el girador no conoce la fecha de cierre de su cuenta corriente realizada por el banco girado y éste hecho no ha sido notificado con la debida anticipación y el girador gira cheques. No hay delito por falta de elemento intencional. Al señalar que un cheque ha sido girado en cuenta cerrada significa que la cuenta corriente no está vigente, esto es que ésta determinada, pues se ha puesto fin al contrato de cuenta corriente por voluntad de ambas partes o por una de ellas; de tal modo que la cuenta corriente cerrada es la que no se encuentra vigente al expedir el cheque. En tal virtud, el que gira un cheque sin las condiciones legales comporta una conducta antijurídica, injusta, opuesta al derecho; y, si lo ha hecho con dolo, comete un delito de acción penal pública, pero esta acción se debe hacer efectiva solamente en la persona del girador del cheque, cuando aquel sea el único implicado en el ilícito.

CONCLUSIONES

Mediante el presente trabajo se ha tratado de establecer la doctrina mercantilista de un documento de tanta trascendencia como lo es el cheque, no solo en la vida comercial si no en términos generales en todas las transacciones de la vida de los individuos en general, por ejemplo en el ámbito laboral como sustitutivo del dinero para el pago de salarios. En el ámbito de las pensiones, en términos generales para toda documentación económica segura, de ahí la diversidad de clases de cheques que regula nuestra legislación y que ha sido retomada de otras como la Española, la Mexicana, pero adaptado a nuestras necesidades y a garantizar las relaciones de índole mercantil.

El cheque no genera inseguridad en la medida que se exige como actos previos a su libramiento, la celebración del contrato de Depósito con el banco librado, así como la provisión de fondos que garanticen su naturaleza especial de título valor de pago.

Otro requisito fundamental es la exigencia de que sean librados en los formularios que ha proporcionado por el Banco emisor y en esa medida se garantiza el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley por ser obligación del banco emisor proporcionar como uno de los servicios prestados, la emisión de los formularios para expedir cheques de tal suerte que no es compatible la naturaleza mercantil del cheque con la naturaleza sancionatoria del Derecho Penal.

RECOMENDACIONES

1. Dejar en evidencia la naturaleza mercantil del cheque
2. Que se reconozca que el libramiento de cheque sin provisión de fondos carece de un elemento esencial para el derecho penal como es el dolo, ya que el comerciante o cualquier persona se presume inocente mientras no se establezca su responsabilidad con los presupuestos de garantía que establece la Constitución de la República.
3. Que la actual forma de regular el libramiento de un cheque y si este por cualquier razón carece de fondos en el momento de su presentación, no significa que se haya formulado con la intención de defraudar.
4. Que debe rescatarse la figura de la Estafa Agravada que regula también el código Penal y donde si es fácil establecer la presencia de este elemento en su desarrollo.
5. Se propone impulsar una reforma al código penal a fin de que se implemente una derogatoria de este tipo penal reconocido en el art.

243 del referido código, ya que los dos casos regulados en la estafa son los únicos que pueden acreditar tan importante elemento como es el dolo directo de defraudar.

5. LA REGLA DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA: HISTORIA DE SU NACIMIENTO Y DE SU PROGRESIVA LIMITACIÓN

Manuel Miranda Estrampes

SUMARIO

I. Origen constitucional de la regla de exclusión. II. El concepto de "derechos y libertades fundamentales. III. El concepto de "obtención de fuentes de prueba". IV. La eficacia refleja de la prueba ilícita. IV.1. Reconocimiento constitucional. IV.2. Excepciones. IV.2.1. La excepción de la "prueba jurídicamente independiente". IV.2.2. El descubrimiento inevitable. IV.2.3. La doctrina de la conexión de antijuridicidad. V. La excepción de la buena fe (good faith exception).

I. Origen constitucional de la regla de exclusión

La regla de exclusión de la prueba ilícita, entendida como aquella obtenida con infracción de derechos fundamentales, fue elaborada por nuestro TC, siguiendo el ejemplo del TC italiano. El Tribunal Constitucional italiano en su **STC 34/1973**, dictada en un tema de intervenciones telefónicas, proclamó la *inutilizabilidad*¹ en el proceso de las pruebas obtenidas mediante métodos o comportamientos realizados en desprecio o vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos garantizados en la Constitución, acuñando el término *prove incostituzionali*². Por su parte, nuestro TC en la conocida **STC 114/1984, de 29 de noviembre**, dio carta de naturaleza a la recepción de la regla de exclusión en nuestro ordenamiento configurándose, en sus orígenes, como una garantía procesal de naturaleza

1. El art. 191 del Codice di Procedura Penale italiano dispone que "1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento". Sobre el concepto de inutilizabilidad véase GALANTINI, N., L'inutilizzabilità della prova nel processo penale, CEDAM, 1992; SCCELLAA, "L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale", Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale, núm. 1/1992, págs. 203 y ss.

2. En la misma línea se ha pronunciado también, con posterioridad, en la STC 81/1993. Vid. MAINARDIS, Cessare, "L'inutilizzabilità processuale delle prove incostituzionali", Quaderni Costituzionali, núm. 2/2000, págs. 371 y ss. también, en Alemania el TC Federal se ha pronunciado sobre la exclusión de la prueba que viole los derechos más fundamentales de la persona, con independencia de la gravedad de la acusación: vid. FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida", en La prueba en el proceso penal II, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1996, nota 156. Por su parte, el Tribunal Supremo Federal alemán elaboró la denominada teoría del "entorno jurídico", en virtud de la cual en caso de que se lesionen prohibiciones de

constitucional, residenciada en el art. 24 CE, íntimamente ligada con el derecho a un proceso con todas las garantías y, en el marco del proceso penal, con el derecho a la presunción de inocencia³. Para el TC (fj5º) la interdicción de la admisión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales derivaba directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (art. 24.2 y 14 CE). Aunque en dicha sentencia no faltan las referencias a la jurisprudencia norteamericana, lo cierto es que el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita se sitúa al margen del *deterrent effect* característico del modelo norteamericano, y se entronca directamente con el carácter preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y en su condición de inviolables, conforme a lo declarado en el art. 10.1 de nuestro texto constitucional. El fj4º de la mencionada **STC 114/1984**, proclama que:

“Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de “inviolables” (art. 10.1 CE) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental. Para nosotros, en este caso, no se trata de decidir en general la problemática procesal de la prueba con causa ilícita, sino, más limitadamente, de constatar la “resistencia” frente a la misma de los derechos fundamentales, que presentan la doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica...”.

También, en Italia un sector de la doctrina sostiene la existencia de un principio de rango constitucional que sanciona la *inutilizzabilità* de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, que derivaría de lo dispuesto en el art. 13, apartado 3º, de la Constitución italiana que sanciona “ogni violenza fisica e morale

producción de la prueba la posibilidad de revisar y, con ello, también la valorabilidad de las pruebas obtenidas, depende de si la “lesión afecta de forma esencial el ámbito de derechos del recurrente o si ella es sólo de una importancia secundaria o no tiene importancia alguna para él”. Vid. ROXIN, C., Derecho 3. Originariamente la doctrina de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento jurídico se elaboró en el marco de un proceso laboral por despido, pero donde se ha desarrollado con toda su plenitud ha sido en el ámbito del proceso penal.

sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà”⁴.

Este fundamento constitucional permite distinguir la construcción originaria de la regla de exclusión de la prueba ilícita en nuestro país del modelo norteamericano de la *exclusionary rule*, cuya aplicación viene condicionada por la necesidad de prevenir aquellas actuaciones policiales que puedan lesionar los derechos fundamentales, estando descartada dicha aplicación cuando dicha finalidad no pueda alcanzarse⁵. Si bien en su nacimiento la *exclusionary rule* aparece directamente ligada a la IV⁶ y V⁷ Enmienda de la Constitución de EE.UU., lo cierto es que pronto se alude al *deterrent effect* como verdadero fundamento de su reconocimiento en el proceso penal⁸. Como exponente de dicha concepción la sentencia dictada en el caso **US v. CALANDRA**⁹, en 1974, afirmó que la regla de exclusión es un remedio de creación judicial diseñado para salvaguardar los derechos de la Cuarta Enmienda generalmente a través de su efecto disuasorio, más que un derecho constitucional personal de la parte agraviada. Dos años más tarde en el caso **US v. JANIS**¹⁰, se confirma esta naturaleza no constitucional de la regla de exclusión, al declarar que “el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas” y más adelante añade que “la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha Enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada...”¹¹. Esta finalidad disuasoria se erige en

4. MAINARDIS, C., “L’inutilizzabilità...”, ob. cit., p. ág. 379.

5. Como, por ejemplo, cuando la policía actúa de buena fe (*good faith exception*). Excepción a la que después nos referiremos.

6. La IV Enmienda prohíbe los registros y detenciones arbitrarias, sin que exista causa probable.

7. La V Enmienda consagra el derecho a no declarar contra sí mismo en una causa penal.

8. En el ordenamiento jurídico estadounidense el régimen de la exclusión de las pruebas ilícitas sólo se aplica en el proceso penal, no en el proceso civil en donde, como pone de manifiesto FIDALGO GALLARDO, se mantiene el sistema tradicional, heredado de la tradición multisecular del *common law*, de admisibilidad de materiales probatorios independientemente de las circunstancias de su obtención (“La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América”, *Tribunales de Justicia*, nº 5, mayo 2003, pág. 22). La única excepción a esta regla general viene representada por los denominados procesos de decomiso (*forfeiture*): Caso **ONE PLYMOUTH SEDAN v. PENNSYLVANIA**, 380 US 393 (1965), citado por SALAS CALERO, L. “Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos socialmente relevantes. La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el Derecho Procesal de los Estados Unidos”, *Poder Judicial*, nº 66., pág. 398.

9. 414 US 338 (1974).

10. 428 US 433 (1976).

11. Para un estudio más exhaustivo sobre el origen y fundamento de la *exclusionary rule* norteamericana y sus excepciones véase: DÍAZ CABIALE, J.A., *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992; VELASCO NUÑEZ, E., “Doctrina y limitaciones a la teoría del “fruto

la verdadera razón de ser de la exclusión de la prueba ilícita en el modelo procesal norteamericano. Como advierte la doctrina, en la actualidad la vigencia de la *exclusionary rule* se justifica únicamente por razones pragmáticas, que se traducen, como indica FIDALGO GALLARDO, en eliminar el incentivo que presumiblemente pueda mover a la Policía de violar la Ley en su labor de obtención de pruebas¹². DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES señalan que:

“No se niega el refrendo constitucional de la *exclusionary rule*, en la cuarta o decimocuarta¹³ enmienda, porque es el único modo de que la legislación de los distintos estados la asuma, pero sí queda claro que su ubicación constitucional es instrumental o subordinada: no es en sí misma una exigencia constitucional, sino una exigencia constitucional en la medida que sirve para prevenir las conductas policíacas contrarias a los derechos de las enmiendas constitucionales”¹⁴.

El reconocimiento de dicha finalidad conlleva como consecuencia necesaria la no aplicación de la regla de exclusión cuando quien ha obtenido la prueba ilícita ha sido un particular¹⁵ o incluso unos agentes policíacos extranjeros fuera del territorio estadounidense¹⁶.

Volviendo a nuestro ordenamiento jurídico, al año siguiente de dictarse la **STC 114/1984**, la regla de exclusión recibió el refrendo del legislador mediante su plasmación normativa en el art. 11.1 LOPJ. En su formulación legal se privó de efectos a toda prueba obtenida, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. En nuestro ordenamiento jurídico resulta indiferente, por tanto, quien haya obtenido la prueba ilícita que trata de incorporarse al proceso, así como el concreto proceso en el que pretende hacerse valer (proceso civil, penal...) ¹⁷. La configuración de la regla de exclusión como una garantía constitucional de naturaleza procesal determinada que constatada la

del árbol envenenado” en la prueba ilícita (EE.UU. y España)”, Revista General de Derecho, núm. 824, septiembre 1996, págs. 10149 y ss.; FENÁNDEZ ENTRALGO, J., “Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida”, en AA.VV., La prueba en el proceso penal II, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1996; SALAS CALERO, L., “Aspectos materiales...”, ob. cit., págs. 357 y ss.; FIDALGO GALLARDO, C., “La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América”, Tribunales de Justicia, nº 5, mayo 2003, págs. 21 y ss.

12. FIDALGO GALLARDO, C., “La regla de exclusión...”, ob. cit., pág. 28.

13. Consagra el derecho al proceso debido.

14. DÍAZ CABIALE, J. A., y MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Edit. Civitas, Madrid, 2001, pág. 77.

15. BURDEAU y McDOWELL, 256 US 465 (1921).

16. BRUALY v. US, 389 US 986 (1967), en un caso de agentes policíacos mexicanos.

violación de un derecho fundamental la consecuencia sea la exclusión de la prueba del proceso y, por tanto, la prohibición de admisión y de valoración de la misma¹⁸.

A pesar de esta diferencia en cuanto a su fundamento, lo cierto es que en nuestro ordenamiento la regla de exclusión se ha visto sometida a un idéntico proceso de reducción de su alcance similar al que afectó a la *exclusionary rule* norteamericana. Podemos hablar, incluso, de un fenómeno de *norteamericanización* de la regla de exclusión, que se ha traducido en la paulatina introducción de limitaciones a su ámbito de aplicación, hasta tal punto que en algunos aspectos resulta, en la actualidad, prácticamente irreconocible si la comparamos con su formulación constitucional originaria. La historia de la regla de exclusión de la prueba ilícita en nuestro país se caracteriza por una constante y reiterada limitación de sus efectos, que la han tornado irreconocible y que ha llevado en el presente año 2003 a la admisión por nuestro TC de la excepción de la buena fe como límite a la aplicación de la propia regla de exclusión, como analizaremos con detalle más adelante.

En las páginas siguientes vamos a tratar de desarrollar la evolución de la regla de exclusión en nuestro ordenamiento jurídico, lo que nos permitirá constatar este fenómeno de paulatina restricción o limitación de su ámbito de aplicación al que nos hemos referido.

II. El concepto de “derechos y libertades fundamentales”

El TC optó desde el principio por un concepto restrictivo del término “derechos y libertades fundamentales”, identificando como tales únicamente a los previstos en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I del texto constitucional (arts. 15 a 29). Así, la mencionada **STC 114/1984** declaró, en su fj.4º, la “nulidad radical de todo acto – público o, en su caso, privado- violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sec. I Cap. II Tít. I CE”¹⁹. Desde esta concepción, únicamente aquellas pruebas obtenidas con violación de alguno de los

17. Como hemos visto en su origen la regla de exclusión se elaboró por el TC en el marco de un proceso laboral por despido. Vid. en la actualidad el art. 287 LEC/2000, cuyo párrafo 1º dispone que “Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes”.

18. Acerca del fundamento constitucional de la regla de exclusión véase DÍAZ CABIALE, J. A., y MARTÍN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Edit. Civitas, Madrid, 2001, págs. 27 y ss.

derechos enumerados en dichos preceptos podían considerarse como pruebas ilícitas y eran susceptibles de aplicación de la regla de exclusión formulada en el art. 11.1 LOPJ²⁰.

No obstante, como apunta un sector de nuestra doctrina²¹, nada impide que bajo dicho término puedan incluirse todos los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del mencionado Título I, que abarcaría desde el art. 14 al 38 CE²², o incluso todos los reconocidos en el Título I de la Constitución, bajo la rúbrica *De los derechos y deberes fundamentales*.

Esta última concepción amplia permitiría incluir entre tales derechos al de propiedad, previsto en el art. 33 CE, por lo que la obtención de prueba violentando dicho derecho sería una manifestación de prueba ilícita incardinable en el ámbito de aplicación de la regla de exclusión prevista en el art. 11.1 LOPJ.

III. El concepto de "obtención de fuentes de prueba"

La primera limitación al alcance de la regla de exclusión de la prueba ilícita se produce con bastante prontitud, al año siguiente de su plasmación normativa en el mencionado art. 11.1 LOPJ, con la **STC 64/1986, de 21 de mayo**. Según la interpretación sostenida en esta sentencia la regla de exclusión sólo debe entrar en juego cuando la ilicitud se haya producido en el momento de la *obtención* de las fuentes de prueba, esto es, durante la labor de búsqueda, identificación y recogida de las fuentes probatorias. Por el contrario, los supuestos de vulneración de derechos fundamentales producidos en el momento de la admisión de la prueba o en el de su práctica en el proceso deberán ser

19. Vid., también, **STC 127/1996**, f.3º.

20. Esta concepción restrictiva ha recibido el respaldo de un sector de la doctrina: PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.Mª. Bosch Editor, Barcelona, 1996, pág. 290. MARTÍ SÁNCHEZ N., "La llamada "prueba ilícita" y sus consecuencias procesales", *Actualidad Penal* nº 7, 16 al 22 de febrero de 1998.

21. DÍAZ CABIALE J.A., y MARTÍN MORALES, R., "¿Es proyectable el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a las pruebas obtenidas vulnerando un derecho constitucional no fundamental?", *La Ley*, nº 4445, 24 diciembre 1997, págs. 2 y 3, que defienden incluso la ampliación del ámbito de aplicación del art. 11. LOPJ a las infracciones de los derechos del Capítulo III, intitulado *De los principios rectores de la política social y económica*, del Título I. GÁLVEZ MUÑOZ L., *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, nº 10, 2003, págs. 81-82.

22. Esta parece ser la posición mantenida en la **STC 85/1994**, cuyo f.4º afirma que "... la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Cap. II, Tit. I CE..." (la cursiva es del autor).

reconducidos a la regla de la interdicción de la indefensión, sometidos, por tanto, al régimen de las nulidades de los actos judiciales (art. 238 y ss. LOPJ/ arts. 225 y ss. LEC/2000). Según esta interpretación, cuando la vulneración de derechos fundamentales se produce en la fase de incorporación de las fuentes de prueba al proceso su tratamiento quedará excluido del ámbito de aplicación del art. 11.1 LOPJ. La distinción entre un régimen u otro presenta un alcance material, pues los supuestos de nulidad procesal quedan excluidos, según la doctrina constitucional, del reconocimiento de eficacia refleja.

Esta interpretación restrictiva recibió las acertadas críticas de un amplio sector doctrinal, que calificó la distinción de injustificada²³. Esta distinción basada en el momento en que se produce la violación carece de un sólido fundamento y resulta contraria a la propia formulación constitucional de la regla de exclusión. Lo relevante es constatar la presencia objetiva de una violación de un derecho fundamental, con independencia del momento concreto (preprocesal o procesal) en que tal violación se haya producido²⁴. Una cosa es que empíricamente la vulneración de derechos fundamentales se produzca con mayor frecuencia durante la *obtención* de las fuentes de prueba, y otra que la regla de exclusión no se aplique a los supuestos en que dicha vulneración se produce en el momento de la incorporación o práctica de los medios de prueba en el proceso, en donde se *obtienen* aquellos elementos probatorios necesarios para fundamentar la decisión jurisdiccional.

Recientemente GÁLVEZ MUÑOZ invoca dos razones para fundamentar su visión crítica de la doctrina elaborada en la **STC 64/1986**, que compartimos plenamente. Según dicho autor:

"La primera consiste en que la figura de la interdicción de la indefensión no abarca, ni siquiera desde un punto de vista teórico, todo el campo de las posibles violaciones de derechos fundamentales que se puedan producir en el terreno de la admisión y práctica de los medios de prueba, sino sólo una parte, aunque muy importante, de las mismas.

23. ASENCIO MELLADO, J. Mª, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Edit. Trivium, Madrid, 1989, págs. 81-84. JORGE BARREIRO, A., "La prueba ilícita en el proceso penal", *Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación*, año 1992, vol. II, C.G.P.J., Madrid, 1993, págs. 1239-1240. VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Edit. La Ley, Madrid, 1993, págs. 121-122, nota 128.

24. Vid. nuestro trabajo sobre *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, J. Mª. Bosch Editor, Barcelona, 1999, págs. 64 -66.

El caso más llamativo es el de los derechos fundamentales de carácter sustantivo, pues parece que tiene poco sentido valorar las infracciones de tales derechos no por sí mismas, sino con arreglo a la producción o no de indefensión.

La segunda razón se refiere, por su parte, a que la limitación defendida por el Tribunal Constitucional puede llevar a consecuencias absurdas, pues puede suceder perfectamente que la violación de un mismo derecho fundamental tenga un régimen jurídico u otro según el momento en que se produzca la violación....²⁵

A los efectos de aplicación de la regla de exclusión resulta indiferente el momento concreto en que se ha producido la vulneración del derecho fundamental²⁶, lo verdaderamente relevante es precisamente la constatación de la violación de un derecho de esta naturaleza.

IV. La eficacia refleja de la prueba ilícita

IV.1. Reconocimiento constitucional

La **STC 85/1994, de 14 marzo**, reconoció expresamente a la prueba ilícita eficacia refleja, incorporando de esta forma la doctrina norteamericana de los "frutos del árbol envenenado" (*the fruit of the poisonous tree doctrine*)²⁷. En su fj.4º afirma que "Una vez establecido que la intervención del teléfono de los recurrentes..... vulneró su derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el artículo 18.3 CE, hemos de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria...", y más adelante añade que "esa derivación inmediata de la prueba inconstitucionalmente obtenida impide considerar a este indicio como prueba de carácter independiente, legalmente obtenida. En consecuencia, ha de concluirse que no ha habido actividad probatoria que pueda reputarse suficiente a los efectos de desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia inicialmente obrante a favor de

25. GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia...*, ob. cit., págs. 100-101.

26. En nuestro trabajo sobre la *El concepto de prueba ilícita...*, ob. cit., págs. 26-29, distinguíamos entre ilicitud extraprocesal e ilicitud intraprocesal, y ambos deberían estar sujetos al mismo régimen del art. 11.1 LOPJ.

27. El TS (Sala 2ª) alude a dicha eficacia con el término descriptivo de "efecto dominó": **SSTS 17 junio 1994, 6 octubre 1999**.

los recurrentes". El indicio al que se refiere la sentencia consistía en la ocupación de droga en poder de una menor de edad, indicio que no hubiera podido obtenerse sin saber previamente que la referida menor iba a realizar un determinado recorrido transportando "algo" desde el domicilio e los recurrentes hasta el suyo propio, hecho del que se tuvo conocimiento a través de las intervenciones telefónicas inconstitucionales.

Como declaran DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES:

"No es posible la existencia de la garantía constitucional si se le niega su extensión a la prueba refleja, porque la prohibición del efecto reflejo de la prueba obtenida lesionando derechos fundamentales no es sino una consecuencia más de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables", añadiendo más adelante que "no tiene sentido consentir que se burle una prohibición por caminos indirectos"²⁸.

La **STS (Sala 2ª) de 4 julio 1997**²⁹ se pronuncia, también, en idénticos términos (fj.2º):

"... la prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior ("directa o indirectamente"), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto. Los frutos del árbol envenenado deben estar, y están (art. 11.1 de la LOPJ), jurídicamente contaminados"³⁰.

El TC venía exigiendo, para el reconocimiento de eficacia refleja, la existencia de una simple conexión causal- natural entre la prueba ilícita originaria y la prueba derivada lícitamente practicada³¹, en línea con la posición mantenida por nuestra doctrina³².

28. DÍAZ CABIALE, J. A., y MARTÍN MORALES, R., *La garantía...*, ob. cit., pág. 71. En esta misma línea GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia...*, ob. cit., págs. 165-166.

29. Ponente CÁNDDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓN.

30. También STS 18 julio 2002, del mismo Ponente.

Existirá esta relación causal cuando las pruebas derivadas, siendo en sí mismas consideradas lícitas, tengan su origen en informaciones o datos obtenidos con la práctica de una prueba ilícita³³. Esta doctrina fue recogida por el TS (Sala 2ª) reconociendo desde una óptica negativa la inexistencia de eficacia refleja en aquellos supuestos de *desconexión causal*³⁴.

A pesar de este inicial reconocimiento absoluto de la eficacia refleja de la prueba ilícita, como una consecuencia inherente de la aplicación de la propia regla de exclusión, se ha visto sometida a un proceso de constante limitación que culmina con su práctica desaparición tras la construcción de la denominada teoría de la "conexión de antijuridicidad".

IV.2. Excepciones

El reconocimiento de eficacia refleja de la prueba ilícita ha ido acompañado, al igual que en el modelo procesal norteamericano, de la admisión de excepciones introducidas por el TC y el propio TS (Sala 2ª).

IV.2.1. La excepción de la "prueba jurídicamente independiente"

La denominada excepción de la fuente independiente (*independent source doctrine*) fue una construcción de la jurisprudencia norteamericana³⁵.

31. La STC 49/1996 declara, en el f.2º, que la "ineficacia probatoria de las escuchas telefónicas inconstitucionalmente obtenidas, con vulneración de los derechos fundamentales, arrastra también a las pruebas logradas a partir de las pruebas prohibidas", y en el f.5º añade que "Una vez establecido que la intervención de las conversaciones telefónicas... se produjo con vulneración de derechos fundamentales, hemos de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria". El reconocimiento de efectos reflejos ya había sido admitido, también, por la Sala 2ª del TS en el conocido *Auto 18 junio 1992*, dictado en el denominado *Caso Naseiro*, razonando que "otra solución haría absolutamente estéril el pronunciamiento de nulidad de una prueba porque de ella serían ya obtenibles otros resultados contrarios al inculpado" (vid. f. 7º y 8º).

32. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las intervenciones telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Edit Akal, Madrid, 1989, págs. 117-118. ANDRÉS IBÁÑEZ, P. "La función de las garantías en la actividad probatoria", en AA.VV., *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1993, págs. 240-241.

33. El Código Procesal Penal salvadoreño ha reconocido normativamente la eficacia refleja de la prueba ilícita en el art. 15, párrafo segundo, al establecer que "No tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito", aunque a continuación admite expresamente las excepciones de la buena fe, de la fuente independiente y del hallazgo inevitable, de clara inspiración norteamericana.

34. Véase nuestro trabajo *El concepto de prueba ilícita...*, ob. cit., pág. 116, nota 231.

35. BYNUM c. US, de 1960; SEGURA c. US, 468 US 796 (1984).

En realidad, no se trata de una verdadera *excepción*, pues su reconocimiento es consecuencia de la propia delimitación del contenido de la regla de exclusión. Si ésta exige que entre la prueba ilícita y la prueba derivada lícita exista una relación o conexión causal, su inexistencia determinará su no aplicación y la posibilidad de aprovechar aquellos resultados probatorios obtenidos sin conexión alguna con la prueba practicada con vulneración de derechos fundamentales³⁶. Para poder apreciar esta excepción es necesario que entre la prueba ilícita original y la prueba derivada exista una verdadera desconexión causal.

El verdadero problema no radica, por tanto, en su reconocimiento y admisión, sino en la calificación como *independiente* de aquella prueba que realmente no tiene este carácter, pues parece vinculada con una inicial actividad probatoria ilícita.

La STC 86/1995 nos ofrece un claro ejemplo de extensión desmesurada del concepto de "prueba independiente", que introduce la primera gran grieta en el pilar que sostiene el edificio de la eficacia refleja de la prueba ilícita. La sentencia atribuye a la *confesión voluntaria del acusado*, ante el Juez de Instrucción³⁷ y en el acto del juicio oral, la condición de "prueba jurídicamente independiente", afirmando que:

"Tales declaraciones, efectuadas en un sentido claramente incriminatorio, constituyen un medio racional y legítimo de prueba, cuya apreciación por los órganos judiciales en absoluto determina la vulneración de los recurrentes a la presunción de inocencia".

El propio TC reconoce la existencia de relación causal entre la intervención telefónica practicada con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, pues no había existido autorización judicial, y la confesión prestada ante la evidencia del hallazgo de los objetos incriminatorios, pero a continuación añade que:

36. Un ejemplo lo encontramos en la STC 54/1996, en cuyo f. 9º podemos leer que "En definitiva, tal manifestación testifical y la propia declaración del recurrente en amparo reconociendo la entrevista constituyen prueba de cargo practicada con independencia de la prueba telefónica inconstitucionalmente obtenida" (la cursiva es del autor).

37. No hay que olvidar que esta confesión sumarial se produce en un momento en que no estaba prevista legalmente la entrevista previa con el Letrado, introducida en el actual art. 775 LECrim, según redacción dada por la Ley 38/2002.

"la validez de la confesión no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención", siendo suficiente para su utilización probatoria que el imputado hubiera sido informado de sus derechos con carácter previo a la declaración y que hubiera estado asistido de Abogado (vid fj. 4º). No parecía existir ningún obstáculo en admitir que la confesión voluntaria del acusado era una *prueba diferente*, pero lo realmente discutible era atribuirle la condición de *prueba independiente* pues se encontraba causalmente conectada con la prueba inicial ilícita.

La doctrina contenida en dicha sentencia parece inspirarse en la excepción del nexo causal atenuado (*attenuated connection principle* o *purged taint*) elaborada por la jurisprudencia norteamericana. Esta excepción se aplicó en el conocido caso **WONG SUN v. US**³⁸, en donde si bien se rechazaron todas las pruebas practicadas por estar basadas en un inicial registro ilegal, se admitió la validez de la confesión de uno de los acusados, pues se había prestado una vez finalizada la situación de detención tras personarse voluntariamente, días después, en las dependencias policiales y tras ser informado de sus derechos. Aun reconociendo que de no haber existido la inicial entrada ilegal muy probablemente la confesión no se hubiera producido, se consideró que su voluntariedad y el hecho de que el acusado fuera advertido de sus derechos introducía un acto independiente sanador que rompía la cadena causal con la lesión inicial. El caso analizado presenta notables similitudes con el examinado en la **STC 86/1995**.

La sentencia fue objeto de duras y acertadas críticas por parte de un sector de nuestra doctrina. Merece ser recordada la que en su día hizo, en esta misma revista, el Magistrado CARMONA RUANO, evidenciando que no resulta neutral o indiferente el momento procesal en que se aprecia y declara la ilicitud probatoria³⁹. Como apunta ANDRÉS IBÁÑEZ la confesión así obtenida también sería ilícita pues no podría autorizarse el interrogatorio que versara sobre los datos, efectos u objetos obtenidos durante la práctica de la diligencia vulneradora de derechos fundamentales (por ejemplo, durante un registro domiciliario ilícito). Dicho autor afirma que:

38. 371 US 471 (1963)

39. CARMONA RUANO, M., "De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que puede declararse?", *Jueces para la democracia*, núm. 25, julio, 1996, págs. 95 y ss. En esta misma línea crítica FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "Las reglas del...", ob. cit., págs. 185-187. Véase, también nuestro trabajo *El concepto de prueba ilícita...*, ob. cit., págs. 116-117.

"En efecto, si la nulidad del registro es absoluta e insubsanable ello quiere decir que dejarían de tener relevancia procesal los objetos hallados en el mismo. Y, siendo así, no se entiende con base en qué fuente de información podría ni siquiera formularse por la acusación al imputado pregunta alguna acerca de algo jurídicamente inexistente. Habría incluso que cuestionar si, de llegar, no obstante, a hacerse la pregunta, ésta no daría lugar a una confesión o testifical ilícita por la ilicitud de la fuente de información utilizada para formularla: y, además generadora de indefensión, puesto que la misma se habría hecho con preavimiento de la circunstancia de que normalmente, el acusado medio carece del conocimiento requerido para distinguir entre las existencias o inexistencias fácticas y las de carácter jurídico-formal"⁴⁰.

La confesión del acusado actuaría, en realidad, como elemento subsanador de la ilicitud inicial, incorporándose por esta vía al proceso los efectos y las piezas de convicción obtenidas durante la diligencia ilícita, que recuperarían de esta forma su virtualidad probatoria. Como advertía el también Magistrado JORGE BARREIRO, incluso antes de que se dictara la **STC 86/1995**:

"... parece contradictorio y poco coherente el establecer, por una parte, que la diligencia es nula de pleno derecho y que no produce, en consecuencia, efectos probatorios de ninguna clase y después, por otra, concluir que la declaración del inculcado es suficiente para admitir la tenencia de la droga. Y resulta contradictorio porque al admitir este último medio de prueba estamos dándole operatividad y eficacia a la propia diligencia de reconocimiento. Primero, porque al acusado le preguntamos sobre una pieza de convicción que se ha obtenido en una diligencia nula de pleno derecho y absolutamente ineficaz. Por lo tanto, se le interroga acerca de una sustancia estupefaciente que jurídicamente no existe. Segundo, porque sin esa diligencia es evidente que el acusado habría negado la tenencia de la droga. Y tercero, porque también resulta claro que el Tribunal con sólo la declaración autoinculpatoria del acusado, y suprimiendo de la mente de los Magistrados la existencia del registro, no habrían seguramente dictado una condena..."⁴¹.

40. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "La función de las garantías...", ob. cit., pág. 240.

41. JORGE BARREIRO, A., "La prueba ilícita en el proceso penal", en *Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación*, año 1992, volumen II, C.G.P.J., Madrid, 1993, pág. 1237.

El TS (Sala 2ª) se mostró, en un primer momento, contrario a la aceptación de la doctrina contenida en la **STC 86/1995**. Así, la mencionada **STS 4 julio 1997** tras reconocer que el Tribunal de instancia no había reconocido efecto probatorio alguno al contenido de las conversaciones telefónicas registradas, reprochó que hubiera utilizado como prueba de cargo la declaración en el acto del juicio oral de los dos acusados, declarando, en su f.j.3º, que:

"ha de convenirse con la representación del recurrente –pese a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 86/1995, entre otras –, en que la admisión por los imputados de hechos descubiertos ilícitamente no constituye propiamente prueba independiente sino diferente, pero causalmente derivada de la prueba ilícita, y en consecuencia inhábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia".⁴²

IV.2.2. El descubrimiento inevitable

Una de las excepciones elaboradas por la jurisprudencia norteamericana a la doctrina de los "frutos del árbol envenenado" ha sido la del *inevitable discovery*, como modalidad de la anterior excepción de la "fuente independiente". En virtud de dicha doctrina se admite la utilización de aquellos elementos probatorios obtenidos ilícitamente pues los mismos se habrían obtenido inevitablemente por otros medios o vías legales lícitas⁴³. Como evidencia SALAS CALERO esta excepción ha estado sometida a numerosas críticas y ha dado lugar a resultados distintos en su aplicación por los tribunales de apelaciones. En todo caso, se requiere que el Gobierno acredite fehacientemente que la prueba obtenida como resultado de una violación constitucional hubiera sido descubierta por medios legítimos e independientes de la conducta ilícita original⁴⁴.

42. No obstante, en dicha sentencia se acabó aplicando la *excepción del descubrimiento inevitable*, como analizaremos a continuación, cuyo origen se sitúa también en la jurisprudencia norteamericana, aunque limitada a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de "buena fe", para evitar, según se afirma en el f.j.4º, que "se propicien actuaciones que tiendan a "acelerar" por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente".

43. El origen de dicha excepción se sitúa en el caso **NIX v. WILLIAMS**, 467 US 431 (1984), en donde durante un interrogatorio ilegal el imputado confesó ser el culpable de un homicidio y condujo a la policía al lugar donde había enterrado a la víctima. Si bien se excluyó la confesión del imputado, no se aceptó que el cuerpo de la víctima fuera también excluido como resultado del interrogatorio ilegal ya que el cuerpo habría sido descubierto en cualquier caso durante la búsqueda que estaba teniendo lugar antes de la declaración por más de doscientos voluntarios, según un plan que incluía la zona donde se localizó el cadáver. También en el caso **OREGON v. ELSTAD**, 470 US 298 (1985).

44. SALAS CALERO, L. "Aspectos...", ob. cit., págs. 388 y ss.

Nuestro TS (Sala 2ª) ha reconocido dicha excepción en la mencionada **STS 4 julio 1997**⁴⁵, aunque limitando su aplicación a los supuestos de actuaciones policiales de *buena fe*. En su f.j.4º se establece que:

"Sin embargo, en el caso actual el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del "descubrimiento inevitable". En efecto consta acreditado, a través de la prueba testifical debidamente practicada en el acto del juicio oral, que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento, anterior incluso al inicio de la intervención telefónica, realizado por un conjunto de Agentes de la Policía Autónoma vasca, como consecuencia de informaciones referentes a su dedicación habitual a la transmisión y venta de heroína a terceros; proceso de vigilancia que habría conducido, en cualquier caso, al descubrimiento de la reunión celebrada en la cafetería Amaya de Bilbao entre la recurrente y sus proveedores de heroína "al por mayor". Es decir que "inevitablemente" y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo, realizada, como se ha dicho, en un lugar público y sujeto a la vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada. En consecuencia la alegación de que las pruebas adquiridas como consecuencia de la intervención policial sobre la operación de entrega de la mercancía ilícita están lejanamente relacionadas con alguna información genérica obtenida de la intervención telefónica practicada al amparo de una autorización judicial insuficientemente motivada y deben por tanto ser anuladas, no puede prosperar en el caso actual, pues –con independencia de ellos– las referidas pruebas habrían sido ineluctablemente descubiertas de una fuente sin tacha⁴⁶, como son las operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas continuamente e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la citada intervención", y acaba razonando que "la limitación del "descubrimiento inevitable" debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de "buena fe", para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a "acelerar" por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente...".

45. Ponente CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓN.

46. La cursiva es del autor.

47. VELASCO NUÑEZ, E., "Doctrina y limitaciones...", ob. cit., págs. 10164 -10165, pone de manifiesto las dudas de constitucionalidad de la recepción de dicha excepción en nuestro ordenamiento jurídico.

Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia resulta difícilmente admisible dicha excepción, pues la misma se basa en simples conjeturas o hipótesis, esto es, en lo que pudo haber pasado pero que no pasó en la realidad. La presunción de inocencia sólo puede ser desvirtuada sobre la base de datos que resulten plenamente acreditados y obtenidos de forma lícita, y la excepción del "descubrimiento inevitable" autoriza la utilización y aprovechamiento probatorio de elementos probatorios obtenidos con violación de derechos fundamentales sobre la base de que pudieron obtenerse de forma lícita, pero que en la realidad se alcanzaron vulnerando derechos fundamentales⁴⁷. Como denuncian DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES, en la práctica el parámetro de la *inevitabilidad* irá sufriendo una continua degradación y al final ocurrirá lo de siempre: todo o casi todo estaba a punto de ser descubierto por la policía; es más lo habría sido sin vulnerar derecho fundamental alguno⁴⁸.

IV.2.3. La doctrina de la conexión de antijuridicidad.

Como tuvimos ocasión de pronunciarnos con anterioridad⁴⁹ la teoría de la conexión de antijuridicidad ha producido, de hecho, la práctica desaparición de la eficacia refleja de la prueba ilícita en nuestro proceso penal⁵⁰. Creemos que los acontecimientos posteriores han venido a confirmar este pronóstico formulado en el momento inicial de la aparición de la **STC 81/1998**.⁵¹ Desde su elaboración por el TC en esta sentencia sólo en dos ocasiones —salvo error— se ha acabado reconociendo eficacia refleja y otorgando el amparo solicitado por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (**SSTC 50/2000, 299/2000**), en todos los demás supuestos analizados se ha desestimado el amparo por estimar que no concurría la necesaria conexión de antijuridicidad entre la prueba ilícita originaria y la prueba derivada, o se ha reenviado la causa al Tribunal de

instancia para que se pronuncie expresamente sobre la existencia o no de dicha conexión de antijuridicidad⁵².

Según esta doctrina, para el reconocimiento de eficacia refleja ya no es suficiente con la existencia de una relación o conexión causal-natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada lícita, sino que es necesaria además la existencia de una "conexión de antijuridicidad", cuya apreciación dependerá de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental, así como de su resultado, y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud (lo que el TC denomina, respectivamente, perspectivas interna y externa). La mencionada **STC 81/1998** declara, en su f.º 4º, que:

"Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo".

Desde esta última perspectiva deberá analizarse la existencia o no de intencionalidad o negligencia grave en la violación originaria, así como la entidad objetiva de la vulneración cometida (vid. f.º 6º)⁵³.

Frente a la inicial formulación incondicionada de la regla de exclusión

47. VELASCO NUÑEZ, E., "Doctrina y limitaciones...", ob. cit., págs. 10164-10186, pone de manifiesto las dudas de constitucionalidad de la recepción de dicha excepción en nuestro ordenamiento jurídico.

48. DÍAZ CABIALE J. A. y MARTÍN MORALES, R., *La garantía...*, ob. cit., pág. 88.

49. Vid., nuestro trabajo *El concepto de prueba ilícita...*, ob. cit., pág. 118.

50. En contra de esta opinión LÓPEZ ORTEGA, J. J., "Prueba y proceso penal. El alcance derivado de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional (A propósito de la STC 81/1998)", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 1, 1999, pág. 125, para quien dicha sentencia representó el más serio intento realizado hasta ese momento, de resolver los conflictos que confluyen al abordar el problema de la prueba ilícita: evitando inconsecuencias y tensiones innecesarias en la estructura de la Constitución y proporcionando criterios generales de decisión, para ponderar los distintos intereses en conflicto, de modo semejante a las soluciones reinantes desde hace tiempo en otras regulaciones del derecho comparado.

51. La doctrina de la conexión de antijuridicidad ha sido aplicada con posterioridad en numerosas sentencias: entre otras, SSTC 49/1999, 181/1999, 171/1999, 238/1999, 239/1999, 8/2000, 23/2002, 167/2002, y aparece plenamente consolidada tanto en la doctrina del TC como en la jurisprudencia del TS (Sala 2ª), salvo excepciones a las que después aludiremos.

52. Tal es el caso, por ejemplo, de la STC 49/1999. Por su parte, en la STC 28/2002 se acordó la retroacción de actuaciones al momento anterior al fallo por estimar inmotivada la desconexión causal entre la intervención telefónica y los registros domiciliarios practicados. Este reenvío puede producir en la práctica numerosos problemas, derivados, entre otros, del tiempo transcurrido desde que se dictó la sentencia de instancia hasta el pronunciamiento revocatorio del TC.

53. En el caso analizado se descartó la aplicación de eficacia refleja pues la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones había consistido en la falta de expresión parcial del presupuesto legitimador de la injerencia en el derecho fundamental, vulneración que, a juicio del TC, no imponía la necesidad de extender la prohibición de valoración a las pruebas derivadas.

de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, el TC condiciona su exclusión a las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho fundamental (en el caso analizado el derecho al secreto de las comunicaciones) exige. Y ello se hace, como advierte RODRÍGUEZ RUÍZ, en términos preventivos que recuerdan la jurisprudencia norteamericana y que atienden al efecto disuasorio de la exclusión de la prueba respecto de violaciones futuras, por encima de su papel como garante del disfrute de los derechos⁵⁴. Como manifestación de este cambio de enfoque el TC focaliza su atención en la intencionalidad de la violación originaria por parte del órgano judicial, así como en la entidad objetiva de la violación cometida, para descartar, en atención a las *necesidades de disuasión*, la extensión de la prohibición de valoración a las pruebas reflejas o derivadas. Significativas de esta nueva forma de razonar son las afirmaciones contenidas en el f.6º, cuando afirma que:

“Ese dato excluye tanto la intencionalidad como la negligencia grave y nos sitúa en el ámbito del error, *frente al que las necesidades de disuasión no pueden reputarse indispensables desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones*”⁵⁵.

Tampoco la entidad objetiva de la vulneración cometida hace pensar que la exclusión del conocimiento obtenido mediante la intervención de las comunicaciones resulte necesaria para la efectividad del derecho, pues no estamos ante una injerencia llevada a cabo sin intervención judicial, ni nos hallamos ante una intervención acordada por resolución inmotivada..... que, al no contener motivación de ninguna especie, ni ofrecen precisiones que permitan efectuar, siquiera sea a posteriori, el necesario juicio de proporcionalidad, ni expresan en modo alguno la indispensable valoración del Juez respecto de la injerencia en el derecho fundamental”.

La teoría de la conexión de antijuridicidad reformula el fundamento de la regla de exclusión en nuestro ordenamiento jurídico, acercándose a los pronunciamientos de la jurisprudencia norteamericana contenidos, por ejemplo, en los mencionados casos **US v. CALANDRA** y **US v. JANIS**, colocando el *deterrent effect* en el núcleo central de la justificación aplicativa de la regla de exclusión. A partir de la **STC 81/1998** el TC ya no

54. RODRÍGUEZ RUÍZ, B., “El coste de los derechos fundamentales. Un comentario a la STC 49/1999, de 5 de abril”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 3, 1999, p. ág. 332.

55. La cursiva es del autor.

se va a pronunciar con un carácter absoluto acerca de la exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, sino que va a admitir la existencia de excepciones. Exponente de esta nueva orientación que actuará de antesala a pronunciamientos posteriores que cuestionan, en determinados supuestos, la propia aplicación de la regla de exclusión, es la **STC 49/1999**, cuyo f.12, tras reproducir la doctrina contenida en la **STC 114/1984** acerca de la posición preferente de los derechos fundamentales y de su condición de inviolables, introduce un matiz novedoso de gran alcance, pues añade que:

“En definitiva, es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, *en ocasiones*”⁵⁶, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos”.

A la luz de esta nueva doctrina, para el TC no siempre que se enfrente ante una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales la consecuencia será su inutilizabilidad procesal. Ya no se trata simplemente de negar eficacia refleja a la prueba ilícita, sino de cuestionar incluso, en determinados casos, la propia aplicación de la regla de exclusión. En esta línea debe situarse el voto particular formulado por el entonces Presidente del TC, CRUZ VILLALÓN, a la **STC 49/1999**, en donde sin ningún rubor se llega a afirmar que:

“El punto de referencia implícito pasan a ser ahora los Estados Unidos, es decir, el del simple derecho comparado, y las categorías elaboradas por su Tribunal Supremo desde principios de este siglo...”; y más adelante añade que “Es necesario, por tanto, admitir que no es absolutamente inexorable la exigencia de que en cualquier supuesto y al margen de cualquier otra consideración sea excluida la prueba ilegítimamente obtenida...”.

Como veremos más adelante, estas afirmaciones han sido el preludio de la admisión explícita por parte del TC de la excepción de la *buena fe* en nuestro ordenamiento jurídico y de su operatividad en el ámbito del proceso penal.

Volviendo a la teoría de la conexión de antijuridicidad, debemos

56. La cursiva es del autor.

constatar que, en realidad, la misma no actúa como una única excepción al reconocimiento de eficacia refleja de la prueba ilícita, al modo de las excepciones creadas por la jurisprudencia norteamericana, sino dados los términos excesivamente vagos e imprecisos en que ha sido formulada posibilita la introducción en nuestro ordenamiento jurídico penal de las más variadas excepciones. Nuestro TC no ha optado por diseñar un catálogo cerrado de excepciones a la ineficacia de la prueba refleja, como sería deseable desde la perspectiva de la seguridad jurídica, sino que a través de una construcción teórica excesivamente artificiosa⁵⁷ ha cuestionado el carácter absoluto de dicha eficacia refleja, autorizando la apreciación de excepciones en función de las especiales circunstancias concurrentes en el caso concreto analizado. Así, al amparo de dicha construcción ya se han incorporado en nuestro ordenamiento jurídico dos tipos de excepciones, la de la confesión voluntaria del acusado y la conocida como descubrimiento probablemente independiente o prueba hipotéticamente independiente⁵⁸.

a) La confesión voluntaria del inculpaado

La teoría de la conexión de antijuridicidad ha dado carta de naturaleza a la confesión voluntaria del inculpaado como factor determinante de la ruptura de la conexión de antijuridicidad con la prueba ilícita original, confirmando la doctrina apuntada en la **STC 86/1995**. Se admite, por tanto, que la simple confesión voluntaria del acusado - aunque como veremos más adelante, en algunos casos en condiciones de dudosa constitucionalidad-, es idónea para fundamentar una declaración de condena aunque verse sobre datos o informaciones obtenidas mediante la violación de un derecho fundamental. En estos casos, no se niega la existencia de una conexión causal o natural entre la prueba ilícita y la confesión voluntaria del acusado, pero, precisamente, la voluntariedad de la misma y el hecho de haber sido practicada con todas las garantías se estima que produce la ruptura del nexo jurídico con la infracción inicial y posibilita su utilización probatoria a los efectos de destruir la presunción de inocencia. Ejemplos de la apreciación de dicha excepción al amparo de la teoría de la conexión de antijuridicidad, los encontramos en las **SSTC 161/1999**, **239/1999** y **8/2000**. En la primera de estas sentencias se declara, en su fj.4º, que:

58. GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia...*, ob. cit., pág. 186.

"b) Las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración. Por ello, la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado, atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental..."

En realidad, si analizamos con detenimiento la forma de operar de la confesión del acusado nos daremos cuenta que mediante la misma se incorporan al proceso todos aquellos datos probatorios que habían sido obtenidos o conocidos mediante una actuación contraria a los derechos fundamentales, *convalidando* de esta forma el acto originario ilícito. No se trata, como a veces se argumenta, de que la simple confesión se erige en la única prueba idónea para destruir la presunción de inocencia, pues evidentemente ello plantearía un problema de suficiencia probatoria. La confesión aparece complementada con aquellos datos obtenidos de forma ilícita, de tal forma que sin éstos difícilmente la confesión tendría la condición de prueba suficiente para destruir la presunción de inocencia.

La admisión, por ejemplo, de la droga ocupada por parte del acusado sólo adquiere valor probatorio si la relacionamos y complementamos con los datos obtenidos de forma ilícita: por ejemplo, el hallazgo de la droga como consecuencia de un registro inconstitucional y su posterior análisis pericial, que nos determina la clase de sustancia, su peso y pureza, extremos absolutamente relevantes para determinar la existencia del *animus* de tráfico. Estamos, por tanto, ante un supuesto de utilización indirecta de aquellos datos cuyo conocimiento ha sido adquirido mediante una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, incumpléndose, de esta forma, la prohibición de valoración contenida en el art. 11.1 LOPJ⁵⁹.

59. La STS 18 julio 2002, Ponente CÁNDDIDO CON DE-PUMPIDO TOURÓN, tras advertir que debe manejarse con suma precaución la doctrina de la denominada "conexión de antijuridicidad", pues, con independencia de su utilidad en supuestos concretos, ha de evitarse que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el art. 11.1 de la LOPJ, declara que "la utilización de un hallazgo ilegítimamente obtenido para reclamar al acusado explicaciones sobre su procedencia, y seguidamente fundamentar la condena en la falta de verosimilitud de dichas explicaciones, constituye un ejemplo manifiesto de utilización indirecta de una prueba inconstitucionalmente obtenida, vedada por lo prevenido en el art. 11.1 de la LOPJ. Como anteriormente

Por otro lado, en última instancia la declaración de culpabilidad o no del acusado se hace depender de la mayor o menor pericia de su Letrado. Si éste, conociendo que la totalidad de la prueba es ilícita, le aconseja que niegue los hechos o que guarde silencio, la sentencia será absolutoria; si por el contrario no le aconseja en este sentido y el acusado confiesa los hechos, la sentencia probablemente será condenatoria. Estimamos que el contenido de la decisión final y la garantía de los derechos fundamentales en el proceso penal no puede hacerse depender de la mayor o menor habilidad jurídica del Letrado del acusado. A esta conclusión contribuye el hecho de que en la mayoría de las ocasiones la declaración de ilicitud de la pruebas se dilata al momento de dictar sentencia, posibilitándose de esta forma su entrada en el proceso y su contacto con el Tribunal, incumpléndose la prohibición de admisión que conlleva la inutilizabilidad de las pruebas ilícitas, y dando ocasión a la producción de los perversos efectos psicológicos⁶⁰.

Incluso, en alguna ocasión, se ha concedido validez a la confesión voluntaria del acusado practicada en condiciones constitucionalmente deficitarias desde la perspectiva del derecho de defensa y del derecho a la no autoincriminación. La confesión de admitirse su validez probatoria debería estar siempre sometida al requisito de la asistencia letrada, al margen de la situación de detención o no del imputado⁶¹. No ha sido este el criterio seguido por nuestro TC en la **STC 38/2003**, en donde en un supuesto en que el acusado se acogió en el acto del juicio oral a su derecho a no declarar y a guardar silencio, se admitió la utilización probatoria de su confesión sumarial practicada sin asistencia letrada, con el argumento de su innecesariedad al no encontrarse en situación de detención. Estimamos que mediante esta interpretación los umbrales de protección del derecho a la no autoincriminación y del derecho de defensa no alcanzan aquellos mínimos que serían exigibles para garantizar su plena efectividad.

En algún caso, el TS ha condicionado la validez de la confesión voluntaria del acusado a que se hubiera producido una vez el Tribunal

se ha señalado, prohibir el uso directo de medios probatorios inconstitucionalmente obtenidos y permitir su aprovechamiento indirecto para exigir al acusado una explicación sobre los mismos, utilizando sus respuestas como base probatoria, constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, acabarían surtiendo efecto en el proceso".

60. Sobre dichos efectos véase nuestro trabajo sobre *El concepto...*, ob. cit., págs. 103 y ss.

61. Véase art. 767 LECrím, según redacción dada por Ley 38/2002, de 24 de octubre.

hubiera declarado la ilicitud de la diligencia inconstitucional. La **STS 13 marzo 1999**⁶² declara, en su f.j.4º, que:

"... la confesión de los acusados en el acto del juicio oral, aun realizada con todas las garantías propias de la asistencia letrada y derivadas de la intrusión de sus derechos, no pudo tener la virtud de subsanar la nulidad de la entrada y registro en el lugar donde se encontró la droga, porque aquellas confesiones eran pruebas dependientes de la afectada por la nulidad, con la que tenían una evidente conexión causal. Siendo indiscutible, porque así se dice en la sentencia recurrida con valor de declaración probada, que lo único que hizo posible el descubrimiento del cargamento de hachís fue la inconstitucional actuación de la Guardia Civil y estando evidentemente vinculada al resultado de dicha actuación la confesión de culpabilidad de los acusados, no puede llegarse a otra conclusión sino a que, dándole valor de prueba de cargo al contenido de dichas confesiones, ha surtido efecto, indirectamente, una prueba obtenida violentando un derecho fundamental. No hubiera sido así si, en la audiencia previa al acto del juicio oral, el Tribunal de instancia, accediendo a lo solicitado por las Defensas, hubiese declarado la nulidad de la diligencia policial de entrada y registro y a continuación, una vez expulsada formalmente dicha prueba del proceso, se hubiesen autoinculcado los acusados de un hecho del que ya no hubiese existido otra prueba que su propia manifestación. Pero, no habiéndose producido la previa y oportuna declaración de nulidad y permaneciendo en el proceso la prueba ilícita durante el acto del juicio oral, cuanto dijeron los acusados en relación con el transporte y la posesión de la droga estuvo inexorablemente determinado por la prueba ilícita, por lo que sus manifestaciones no pudieron sanar la inconstitucionalidad de dicha prueba..."

Esta excepción sería admisible si la declaración de ilicitud fuera acompañada de la prohibición de preguntar al acusado acerca de los datos o informaciones obtenidas con la diligencia ilícita, excluyéndose sus resultados del proceso, y, además, la confesión fuera espontánea y practicada con las debidas garantías. No obstante, en nuestra opinión, de no existir otros elementos probatorios independientes de contenido incriminatorio, estaríamos ante un verdadero supuesto de insuficiencia probatoria a los efectos de destruir la presunción de inocencia.

62. Ponente JOSÉ JIMÉNEZ VILLAREJO.

Mantiene, también, una visión crítica hacia la teoría de la conexión de antijuridicidad, la reciente **STS 17 enero 2003**,⁶³ en donde se cuestiona acertadamente la utilización probatoria de la confesión del acusado. En dicha sentencia se analiza un supuesto de no presencia del detenido durante la práctica del registro domiciliario, declarando que dicha presencia es un requisito legal de *ius cogens*, con inequívoca relevancia constitucional, y debe darse para que resulte garantizado el derecho a contradecir y defenderse en juicio. El incumplimiento de dicho requisito conlleva, por aplicación del art. 11.1 LOPJ la imposibilidad de utilizar en la causa como prueba de cargo el resultado de la diligencia de entrada y registro realizada de esta forma ilícita. A continuación la sentencia plantea el espinoso problema de la trascendencia probatoria que deba darse a la aceptación por parte del acusado de la existencia de la droga incautada en su domicilio, cuestionando que, en estos casos, se produzca una verdadera *desconexión jurídica*, como viene afirmando el TC. Dos son las razones fundamentales por las que se cuestiona dicha desconexión jurídica. Primero:

“porque toda la información relevante, incluía la que sirvió de base para que el instructor y la acusación pudieran formular al imputado no recurrente las preguntas que dieron lugar a sus declaraciones autoinculpatorias, fue obtenida, precisamente, merced a la vulneración del derecho fundamental del art. 18.2 CE. De manera que entre el registro inconstitucional y esas manifestaciones corre un hilo conductor no simplemente causal-natural, sino de auténtica *causalidad jurídica*, al tratarse de actuaciones, todas, producidas en un marco jurídico-formal y a raíz de una previa decisión judicial. Decisión judicial ejecutada con infracción del deber ser constitucional y legal al que, como práctica procesal afectante a derechos fundamentales, tendría que haberse ajustado, y que –tras de no haber sido así– siguió proyectándose y produciendo efectos en el marco de ulteriores actuaciones jurisdiccionales”.

Segundo, “al estar acreditado que la información que sirvió de base al interrogatorio del imputado de que se trata fue obtenida mediante –y en el curso de– una entrada y registro declarada constitucionalmente ilícita, hay que concluir que las preguntas formuladas por el instructor, primero, y, luego, por la acusación *como si* no se hubiera dado esta perturbadora y antijurídica circunstancia merecen ser consideradas

63. Ponente PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ.

“capciosas”, en el sentido de inductoras a error (art. 709 LECrim). Así ha de ser, puesto que se ocultó al interrogado –formalmente asistido de letrado, pero ingenuamente rendido ante la evidencia *ffsica* del hallazgo de la droga, y desinformado por tanto– un dato relevante del contexto *jurídico, esencial para la efectividad de su derecho de defensa*: el de la invalidez radical de ese elemento de cargo. Un dato de tanta relevancia constitucional en el caso concreto, que se integra objetivamente en la información necesaria para un uso consciente y cabal por el inculpaado del derecho a no declarar contra sí mismo (art. 24.2 CE)”.

La sentencia analizada acaba cuestionando la legitimidad constitucional de la condena basada en la simple confesión del acusado, afirmando que:

“En cualquier caso, y aun cuando –en una improbable hipótesis de escuela– la declaración autoinculpatoria hubiese sido prestada con pleno conocimiento por quien deseara ser condenado, tampoco cabría reconocer a sus manifestaciones tal eficacia. Pues, en efecto, la aplicación del *ius puniendi*, cuando concurre una causa objetiva de ilegitimidad constitucional que la excluye, no debe quedar librada a la facultad de optar de un imputado que, eventualmente, tuviera interés en *suicidarse*, procesalmente hablando”.

La referida sentencia fue objeto de un voto particular por parte del Magistrado Juan SAAVEDRA RUÍZ, que además de discrepar en cuanto a la cuestión de fondo apuntaba la necesidad de haber abocado su decisión al Pleno, pues se apartaba de la doctrina que hasta este momento había mantenido el TS. Objeción que, en este punto concreto y aún compartiendo absolutamente la crítica formulada a la teoría de la conexión de antijuridicidad, no carecía de justificación, por cuanto el TS venía manteniendo, como consecuencia de la aplicación de dicha teoría, la virtualidad de la confesión voluntaria del acusado como medio eficaz para fundamentar la desconexión jurídica entre la prueba ilícita original y la prueba derivada (confesión voluntaria del acusado).

b) El descubrimiento probablemente independiente

Otra de las excepciones que se han introducido al amparo de la teoría de la conexión de antijuridicidad ha sido la del descubrimiento

probablemente independiente, que no hay que confundir con la del descubrimiento inevitable que hemos examinado con anterioridad. Como apunta GÁLVEZ MUÑOZ:

"Con esta excepción se está haciendo referencia, dicho con otras palabras, a todos aquellos supuestos en que se considera que la actuación inconstitucional no ha sido la única causa de la obtención de la prueba que se cuestiona. Existen líneas de investigación en marcha no viciadas de inconstitucionalidad a las que cabe, razonablemente, atribuir la responsabilidad del hallazgo de la prueba.

La prueba controvertida se admite, pues, porque hay motivos para creer que el conocimiento derivado de la violación del derecho fundamental no ha sido indispensable ni determinante para la obtención de la prueba en cuestión, de tal modo que suprimida mentalmente la violación del derecho fundamental, la prueba hubiese sido obtenida razonablemente de la misma forma y de idéntica manera"⁶⁴.

Esta excepción se aplicó, por primera vez, en la mencionada **STC 81/1998** al considerar que el dato obtenido con la intervención telefónica ilícita era un dato "neutro", pues no fue ni indispensable ni determinante por sí solo de la ocupación de la droga. En el f.j.5º se argumenta que:

"La Sentencia impugnada subraya que, en virtud de la intervención telefónica, sólo se obtuvo un dato neutro como es el de que el entonces sospechoso y ahora recurrente iba a efectuar una visita. A partir de ese hecho, el Tribunal Supremo entiende que dadas las circunstancias del caso y, especialmente, la observación y seguimiento de que el recurrente era objeto, las sospechas que recaían sobre él y la irrelevancia de los datos obtenidos a través de la intervención telefónica, el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental contraria a la Constitución no fue indispensable ni determinante por sí solo de la ocupación de la droga o, lo que es lo mismo, que esa ocupación se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho"⁶⁵.

64. GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia...*, ob. cit., pág. 186.

65. Otro ejemplo de la aplicación de dicha excepción lo encontramos en las **SSTC 171/1999** y **238/1999**, en donde destaca la irrelevancia de los datos obtenidos a través de las intervenciones telefónicas en orden a la obtención del resultado final (en ambos casos la ocupación de la droga). A una conclusión contraria se llegó en la **STC 167/2002** al señalar que los datos obtenidos con la intervención de las conversaciones telefónicas no tenían un carácter neutral o irrelevante en orden a la identificación de los recurrentes y al conocimiento de su participación en la actividad delictiva investigada (f.j.8º).

En los casos analizados por el TC los datos obtenidos con las intervenciones telefónicas y la observación y seguimiento policial que se venía desarrollando se encontraban en relación de complementariedad, siendo difícil determinar aisladamente el papel que jugaba cada uno de ellos en la consecución del resultado final. Resulta, por tanto, aventurado atribuir al dato obtenido con la intervención telefónica un papel meramente accesorio o "neutro", como lo califica expresamente el TC, lo que puede plantear, además, la falta de proporcionalidad de la injerencia dada su innecesariedad, al existir otros medios de investigación en marcha, que se han mostrado más eficaces para el descubrimiento del delito y la detención de los delincuentes.

Por otro lado, se trata de supuestos en que si bien puede *intuirse* la existencia de una desconexión causal entre la prueba ilícita originaria y la prueba derivada, ésta no resulta plenamente justificada o acreditada, a pesar de lo cual, el TC mediante el artificio de la ausencia de conexión de antijudicialidad en atención a su carácter irrelevante, admite la utilización de la prueba refleja en el proceso⁶⁶.

V. La excepción de la buena fe (good faith exception)

La excepción de la buena fe tiene también su origen en la jurisprudencia norteamericana, concretamente en el caso **US v. LEON**⁶⁷, en un supuesto en que la policía había efectuado un allanamiento basado en un mandamiento judicial que creía válido, pero que posteriormente fue declarado contrario a la IV Enmienda pues la orden se había dictado sin concurrir *causa probable*, a pesar de lo cual se admitió la presentación de las pruebas obtenidas con ocasión del registro al estimarse que la policía había actuado de buena fe⁶⁸.

La carencia de efecto disuasorio justifica, a juicio de la Corte Suprema Federal norteamericana, la admisión de la *good faith exception* y la no aplicación de la regla de exclusión. Cuando la policía actúa de buena fe, en la creencia de que su comportamiento se ajusta al ordenamiento jurídico y no viola derecho fundamental alguno, la exclusión

66. GÁLVEZ MUÑOZ, L., *La ineficacia...*, ob. cit., pág. 192, utiliza el término "prueba hipotéticamente independiente".

67. 468 US 897 (1984).

68. Se ha aplicado, también, esta excepción en aquellos supuestos en que la policía actuó al amparo de una ley que con posterioridad es declarada inconstitucional: caso **MICHIGAN v. De FILIPPO**, 443 US 31, (1979).

de la prueba así obtenida carece de justificación, pues con ello no se consigue el efecto de prevenir conductas policiales futuras de carácter ilícito.

Desde la perspectiva del modelo continental europeo, dicha excepción resultaba inadmisibles, pues la regla de exclusión se configuraba como una garantía constitucional de naturaleza procesal derivada de la posición preferente de los derechos fundamentales y de su condición de inviolables. Sin embargo, la aparición de la teoría de la conexión de antijuridicidad abrió la espita para la ulterior admisión de dicha excepción en nuestro ordenamiento jurídico que se ha visto reconocida finalmente en la **STC 22/2003**. Se ha cumplido de esta forma el pronóstico pesimista que en el año 2001 realizaron los profesores DIAZ CABIALE y MARTÍN MORALES a la luz de la doctrina contenida en la **STC 81/1998**:

"el TC ya no parte de la premisa básica antes expuesta, estamos ante una garantía procesal constitucional, sino que, a modo y semejanza de la jurisprudencia norteamericana, entiende que se trata de un mecanismo de protección de los derechos fundamentales sustantivos, por lo que puede ceder si la tutela de éstos no exige la exclusión de la prueba. Con semejante planteamiento es sólo cuestión de tiempo que se admita la excepción de la buena fe." 69.

La mencionada **STC 22/2003** analiza un supuesto de entrada y registro policial en el domicilio del detenido, con el consentimiento de la esposa, a su vez denunciante, durante el cual se ocupó un arma de fuego propiedad del acusado. La sentencia apreció una violación del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE), al estimar que el consentimiento prestado por la esposa no era válido, argumentando, en su f.8º que:

"... el consentimiento del titular del domicilio, al que la Constitución se refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa.

69. DIAZ CABIALE J.A., y MARTÍN MORALES, R., *La garantía...*, ob. cit., pág. 82.

Del sentido de garantía del art. 18.2 CE se infiere inmediatamente que la autorización de entrada y registro respecto del domicilio de un imputado no puede quedar librada a la voluntad o a los intereses de quienes se hallan del lado de las partes acusadoras, pues, si así fuese, no habría, en realidad, garantía alguna, máxime en casos como el presente, en que hallándose separados los cónyuges, el registro tuvo lugar en la habitación del marido".

El punto de inflexión se sitúa en las consecuencias derivadas de la vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, pues el TC lejos de aplicar la regla de exclusión contenida en el art. 11.1 LOPJ, acaba admitiendo el aprovechamiento probatorio del hallazgo del arma de fuego, desestimando la existencia de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. El núcleo central de esta nueva doctrina se encuentra en el f.10º, al declarar que:

"... el consentimiento de la esposa aparecía, según el estado de la interpretación del Ordenamiento en el momento de practicar la entrada y registro, como habilitación suficiente para llevarla a cabo conforme a la Constitución. A partir de ese dato, cabe, afirmar, en primer término, la inexistencia de dolo o culpa, tanto por parte de la fuerza actuante, como por la de los órganos judiciales que dieron por válida la prueba practicada; y, en segundo lugar, que la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no sólo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto .

La inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso, lesión alguna del derecho fundamental...., y que, obviamente, dada la situación existente en el caso concreto, se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia de la necesidad del mandamiento judicial. En casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del ordenamiento, *en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución*⁷⁰ y en que, además, la actuación

70. La cursiva es del autor.

fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar"; y acaba afirmando, en el f. 11º, que "la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio es, por decirlo de algún modo, un mero accidente".

Ya no se trata simplemente de limitar o excluir la eficacia refleja de la prueba ilícita, sino que la excepción de la buena fe actúa neutralizando la propia aplicación de la regla de exclusión, admitiendo la utilización probatoria de aquellos elementos obtenidos directamente con violación de derechos fundamentales. Desde la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico no resulta admisible la aplicación de dicha excepción de la buena fe. En esta línea crítica se pronuncia el Magistrado Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ en su voto particular a la STC 22/2003, quien advierte que hasta este momento nunca se había cuestionado la ilegitimidad constitucional de las pruebas ilícitas, ni establecido a su respecto excepción alguna. Sigue razonando que:

"... pese a la inexistencia de dolo o imprudencia, pese a la buena fe policial, desde la perspectiva constitucional que nos corresponde debemos afirmar que objetivamente el registro así practicado ha producido una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y que existe una relación directa entre ese hecho y el hallazgo de la pistola, relación de la que deriva la necesidad de la exclusión de los resultados del registro del acervo probatorio en función de la idea de "proceso justo", sin que esto pueda ponerse en cuestión por la menor gravedad de la vulneración y la también menor necesidad de tutela del derecho fundamental derivada de la buena fe de la actuación policial.

Por tanto, la utilización como prueba de cargo en el proceso de la obtenida directamente a partir de la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (el hallazgo de la pistola) vulneró, asimismo, el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías...".

Esta idea de violación del derecho al proceso justo, que compartimos plenamente, inspira, también el voto parcialmente disidente del Magistrado LOUCAIDES a la **STEDH caso KHAN vs. Reino Unido**, de 12 de mayo de 2000, que aunque reconoció la violación del art. 8 CEDH (respeto a la vida privada), pues en la época de los acontecimientos el

sistema legal no regulaba el uso de mecanismos encubiertos de escucha, descartó la violación del art. 6.1 CEDH, derivada de la utilización probatoria del resultado de dichas escuchas. Frente a este pronunciamiento de la mayoría, el Magistrado disidente afirma que:

"No puedo aceptar que un juicio sea "justo", como exige el artículo 6, si la culpabilidad de una persona se establece mediante una prueba obtenida vulnerando los derechos humanos que garantiza el Convenio"; y más adelante añade que "si se acepta que la admisión de la prueba obtenida contra una persona vulnerando el Convenio no necesariamente infringe la equidad exigida en virtud del artículo 6, entonces la protección efectiva de los derechos en virtud del Convenio se vería frustrada", y concluye afirmando que "la utilización en el juicio del demandante del material grabado secretamente, y su condena basándose en dicho material, son contrarias a las exigencias de equidad que garantiza el artículo 6.1 del Convenio".

En el ámbito de la prueba ilícita lo verdaderamente relevante no son las creencias de los concretos agentes actuantes (policiales o judiciales), sino la constatación objetiva de la violación de un derecho fundamental. Constatada su presencia la consecuencia debe ser la prohibición de admisión y la prohibición de valoración de la prueba así obtenida pues está en juego la propia noción de proceso justo o equitativo. La única excepción a la aplicación de la regla de exclusión que resulta admisible serían los supuestos de pruebas ilícitas a favor del reo. Si la prueba ilícitamente obtenida acreditase la inocencia del acusado no debería rechazarse su virtualidad probatoria sobre la base de su ilicitud. En realidad, más que ante una excepción, la utilización de la prueba ilícita a favor del reo forma parte del contenido esencial de la propia regla de exclusión como garantía de naturaleza constitucional⁷¹.

En esta sentencia el TC, tras la consolidación de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, culmina el proceso de *norteamericanización* de la regla de exclusión al que nos referíamos al inicio de este trabajo, desmontando su configuración como garantía procesal constitucional, situando al *deterrent effect* como su fundamento y finalidad exclusiva,

71. DÍAZ CABIALE, J. A., y MARTÍN MORALES, R., *La garantía...*, ob. cit., págs. 197 y ss., afirman que se pervierte el sistema cuando una garantía que se instaura con esa finalidad produce el efecto inverso: en nombre de los derechos fundamentales, el *ius puniendi* del Estado priva de libertad a un inocente o, al menos, a una persona sobre la que no hay pruebas de su culpabilidad.

única forma de admitir la existencia de excepciones a la operatividad procesal dicha regla. Tras desterrar prácticamente la eficacia refleja de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento jurídico, ahora la atención se centra en la propia regla de exclusión, la cual, en nuestra opinión, se encuentra tras la doctrina contenida en la **STC 22/2003**, herida de muerte.

Vallvidrera, junio 2003.

6. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: ESQUEMA DE UN MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL ¹.

Adán Nieto Martín
Prof. Titular de derecho penal
Instituto de derecho penal europeo e internacional
Universidad de Castilla la Mancha.

El principio *societas delinquere non potest* pertenece a la historia del derecho en la práctica totalidad de los países de la Unión Europea. Si atendemos a la cronología de las reformas que han ido introduciendo la responsabilidad colectiva, comprobamos además que el hundimiento del viejo principio ha sido rapidísimo; ha bastado una década para superar un principio que pertenecía al núcleo duro de las convicciones penales del viejo continente. Cuando los manuales de derecho penal describan en el futuro las causas del naufragio quizás nos cuenten la siguiente historia: los ordenamientos europeos presionados por el proceso de armonización internacional del derecho penal se han visto obligados, en algunos casos casi a regañadientes, a abandonarlo. Y es verdad, que en todos los Convenios internacionales, procedan de la OCDE, la ONU o el Consejo de Europa, o en las Directivas Decisiones marco de la UE aparece casi como una cláusula de estilo la necesidad de prever sanciones contra las personas jurídicas.

Sin embargo, tengo la impresión de que el hundimiento del viejo principio se debe a una carga de profundidad. En realidad la responsabilidad colectiva es producto de la influencia del ordenamiento más poderoso del mundo, el de los Estados Unidos, donde desde la época del ferrocarril descubrieron – y temieron – el poder de las corporaciones, y descubrieron que para dominarlo hacían falta, aparte de la Sherman Act, la instauración de la responsabilidad colectiva. Si se repasa la historia se comprueba que ambas creaciones son producto de un mismo monstruo: el ferrocarril.

Por diversas razones, los europeos no sentimos por aquel entonces

1. El presente trabajo constituye un breve resumen de mi monografía, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Iustel. Madrid. 2006.

tal necesidad. De un lado, carecíamos de gigantes empresariales, y si los había o eran públicos o eran productos de procesos de cartelización animados por los propios Estados. De otro, nuestro marco jurídico nos proporcionaba herramientas suficientes para intervenir y controlar a las corporaciones. Piensen sólo, para percatarse de los distintos escenarios que, mientras el TS consideraba contrario a la constitución la fijación del salario mínimo, aquí se empezaba a hablar de "gestión".

En los últimos años los tiempos han cambiado. Y el corporate power nos amenaza a todos. De las cien economías más potentes del mundo, 51 son corporaciones, y existen empresas casi tan potentes como Australia, y con presupuestos que superan a países como Noruega, Finlandia o Portugal. En el año 2000 el New York Times señalaba que el valor de mercado de Microsoft era similar al producto interior bruto de España.

Este poder económico, y por ende social y político, se ha incrementado además por dos razones.

Primera: el paso de la empresa *fordista*, que realizaba toda su producción en un único territorio, a la empresa que deslocaliza y que se vale del *forum shopping*, que le suministra la globalización. Lo que nos retrotrae a la edad media y a la posibilidad de elegir al soberano.

Segunda: los problemas de regulación del comportamiento de las corporaciones se han hecho mayores, como consecuencia de fenómenos como la sociedad del riesgo, y en general el aumento de la complejidad social. El saber tecnológico está más en los centros de investigación de las empresas que en la administración pública que ha perdido en muchos ámbitos su antigua autoridad técnica. Creo que no hace falta insistir, en este punto, en la estrechísima relación entre saber y poder.

Y la solución, ante lo que en realidad ha sido el hundimiento de nuestro viejo sistema de control estatal, ha sido acoger una técnica de control que desde hace un siglo se ha venido desarrollando en los Estados Unidos, país donde el poder estatal fue siempre más débil que en Europa, y de la cual la responsabilidad de las personas jurídicas es sólo una manifestación más. Creo que no podemos entender el significado que tiene hoy la responsabilidad de las personas jurídicas, si no somos conscientes de que ha desembarcado de la misma nave de la que también

lo ha hecho el buen gobierno corporativo, el derecho de los mercados financieros, el sistema de prevención de riesgos laborales, o las normas de organización y de control que se derivan del blanqueo de capitales. Todos ellos supuestos de americanización del derecho penal.

De lo que se trata en todos estos casos, y este es una idea fuerza que debe tenerse en la cabeza, es de exigir de las empresas que, en cierto modo, asuman una tarea pública, y que se autorregulen con el fin de ponerse al lado del Estado en la tarea de controlar nuevos riesgos, proteger accionistas, o consumidores o evitar hechos delictivos. La responsabilidad de las personas jurídicas se enmarca así dentro de un nuevo pacto entre Estado y poder corporativo, donde a cambio de los beneficios derivados de la responsabilidad limitada y de la cada vez mayor libertad económica, este se compromete al cumplimiento de determinados fines públicos. Si este nuevo pacto se contempla desde una perspectiva global, o mundial, se evidencia con claridad que la responsabilidad de las personas jurídicas forma parte del buen gobierno global, de la *global governance*. Desde el punto de vista empresarial, las nuevas responsabilidades públicas representan de algún modo el colofón de la denominada responsabilidad social.

Enseguida retomo estos argumentos, porque ahora querría hacer otra reflexión más, que tiene que ver con el papel de la Ciencia penal, y que determina la orientación que ha seguido mi investigación. Tengo la impresión de que la Ciencia jurídica en relación a este tema se ha repetido y ha aburrido, porque ha estado ocupada de cuestiones cercanas a la más abstracta teología conciliar como la capacidad de acción, de culpabilidad o de pena de las personas jurídicas; y en cambio ha olvidado otras por completo mucho más mundanas como ¿para qué sirve esta responsabilidad?, ¿qué criterios de imputación deben utilizarse? o ¿qué sanciones deben imponerse?.

El trabajo que ahora presento es, en este sentido, muy terrenal. Su cometido no es la alta teología jurídica, sino ofrecer al legislador modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas; por esta razón concluye con una propuesta legislativa, y también por esta razón van a permitirme que a continuación a la par que expongo los resultados esenciales de mi trabajo los confronte con la propuesta de responsabilidad penal de personas jurídica que contiene el reciente Proyecto de reforma del Código penal español².

2. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1996, de 23 de Noviembre, del Código

Pero vayamos por partes, pues antes que nada considero necesario acabar de exponer el asunto que dejé aparcado: ¿Por qué es útil y necesario sancionar a las personas jurídicas?

Una de las críticas más razonables contra la responsabilidad penal colectiva es que implica normalmente un deterioro del derecho penal individual. En el mundo anglosajón se ha constatado como en muchas áreas la responsabilidad individual ha perdido importancia, al ser suplantada por la responsabilidad colectiva. Las cifras son significativas: en la mitad de los procesos del derecho penal de la empresa, la única procesada es la persona jurídica.

Esta objeción nos pone sobre la pista del sentido y la utilidad de este tipo de responsabilidad: La responsabilidad de personas jurídicas tiene como finalidad incrementar la eficacia del derecho penal y la responsabilidad individual. No viene a sustituir a la responsabilidad individual, sino a hacerla más efectiva. Aunque sólo sea por esta razón, me parece acertado que el art. 36 bis del Proyecto nos recuerde que la "responsabilidad de las personas jurídicas" no excluye, en ningún caso, la de las personas físicas.

Penal, Boletín Oficial de las Cortes Generales, VIII Legislatura, 15 enero de 2007 (www.congreso.es)
 Art. 31 bis «1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos, por cuenta o en provecho de las mismas, por las personas físicas que tengan en ellas un poder de dirección fundado en la atribución de su representación o en su autoridad, bien para tomar decisiones en su nombre, bien para controlar el funcionamiento de la sociedad.
 En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control.
 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas a que se refiere el apartado anterior, ni la de éstas excluirá la responsabilidad penal de aquéllas. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los Jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.
 3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias eximentes de la responsabilidad penal o de circunstancias que la atenúen o agraven no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de los que se dispone en el apartado siguiente.
 4. Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:
 a) Haber procedido antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
 b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para declarar su responsabilidad.
 c) Haber reparado o disminuido sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral el daño ocasionado por el delito.
 d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.
 5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas se aplicarán a las asociaciones, las fundaciones y las sociedades.»

Esta primera conclusión, avoca a una segunda que considero la más importante de todas: la responsabilidad colectiva sirve para reforzar la individual porque su finalidad es que las personas jurídicas adopten medidas de organización que impidan la realización de hechos delictivos, y, en su caso, permitan su esclarecimiento y denuncia a las autoridades públicas. La eficacia de este *self policing* descansa sobre una constatación empírica que nadie discute: la empresa se encuentra en mejores condiciones que el Estado para controlar el comportamiento de sus agentes.

Llegados a este punto podría contra argumentarse que tal cometido puede alcanzarse sancionando a los directivos, y no a la entidad. Existen, sin embargo y según creo, buenas razones para entender que un derecho penal de doble vía o de "dos patas" – colectiva e individual – permite alcanzar esta meta más eficientemente:

La primera de ellas es que sólo la responsabilidad penal de la empresa obliga a abrir los ojos a los socios y a la cúpula empresarial, y considerar que forma parte de la ordenada gestión de la entidad preocuparse por la prevención de hechos delictivos. Como es de todos conocido, el derecho penal de la empresa se caracteriza porque con gran frecuencia la responsabilidad se desliza hacia escalones medios o bajos, de modo que socios y administradores tienen normalmente poco que perder y mucho que ganar con la comisión de hechos delictivos que benefician a la entidad. Por esta razón sólo una sanción que afecta al bolsillo de los socios, o al poder o credibilidad de los administradores, permite distribuir correctamente los riesgos derivados de la comisión de un delito. En definitiva se trata de dar cumplimiento a otro de los principios más sencillos y contundentes de la teoría de la organización: el medio más efectivo para controlar externamente una organización es hacer responsable de lo que en ella ocurra al decisor más poderoso.

La segunda razón puede enunciarse de este modo: La responsabilidad colectiva no sólo hace más eficaz la individual, sino que permite un derecho penal material más sencillo, menos costoso y lesivo para los ciudadanos, evitando el proceso de sobreexplotación del derecho penal individual en el que estamos inmersos. Solo un ejemplo: si una correcta organización empresarial nos permite ser más eficaces en la averiguación y sanción de comportamientos individuales, el legislador puede permitirse una rebaja generalizada de las sanciones. Pues, como es sabido, a medida que aumenta la probabilidad de castigo, decrece la

cantidad de sanción necesaria para alcanzar iguales efectos preventivo generales.

A estos dos argumentos, sumaría un tercero de carácter económico: la sanción a la empresa consigue, de un lado, compensar la ventaja anticompetitiva que ésta ha obtenido mediante la infracción: la cantidad de impuestos evadida, o las cantidades ahorradas por no disponer de medios de seguridad e higiene. Pero también, y de otro lado, dado que su responsabilidad le lleva a adoptar medidas de autoorganización preventivas, la empresa asume con ello parte del gasto público que genera la administración de justicia. Con ello se palia, al menos parcialmente, lo que los economistas denominan "fallos de mercado" y además se promueve una producción socialmente responsable, lo que entronca como antes señalaba con el debate acerca de la responsabilidad social corporativa.

Abordado el problema de la utilidad, me ocuparé del segundo filtro por el que debe pasar toda política criminal: su constitucionalidad.

Para discutir este problema es ante todo urgente salir del paso del mal del nominalismo: llamemos como llamemos a las sanciones que se imponen a las personas jurídicas (es decir: penas, medidas de seguridad, sanciones administrativas, consecuencias accesorias), lo cierto es que estas pertenecen a lo que el Tribunal Europeo de derechos humanos ha denominado derecho penal en sentido amplio; es decir, sanciones que por sus características aflictivas son materia penal, y le son de aplicación las garantías básicas del derecho penal. Esta perspectiva constitucional es un excelente antídoto contra la estafa de etiquetas, y también relativiza a mi juicio el valor de las construcciones doctrinales que rechazan a toda costa que se hable de penas, y luego admiten, solo que con otro nombre, las mismas sanciones e incluso los mismos criterios de imputación.

Aclarado que las garantías constitucionales no se alteran por el mero hecho de utilizar un nombre distinto, considero que los problemas de constitucionalidad, son esencialmente tres:

La objeción más clásica es que la sanción a la persona jurídica afecta a los socios inocentes, lo que atentaría contra el principio de culpabilidad o, más concretamente, de personalidad de las penas. Esta primera objeción es fácil de rebatir. Primero, porque todas las sanciones tienen efectos colaterales sobre terceros inocentes; y segundo, porque la

pérdida patrimonial que experimenta el socio es similar a cualquier otro riesgo derivado de una mala gestión. De hecho los socios podrían plantearse ejercer acciones de responsabilidad social contra los administradores, como es frecuente en los Estados Unidos a partir del caso *Caremark* (Court of Chancery of Delaware, Sep 25. 1996)

La segunda objeción deriva también del principio de culpabilidad, y afecta al sistema más extendido de imputación, el modelo vicarial, a tenor del cual la culpabilidad de la persona física, del agente, se transfiere a la persona jurídica. Aunque algunos Tribunales constitucionales, como el alemán, consideran precisamente que esta transferencia de culpabilidad salva las dudas de constitucionalidad, esta ficción no puede ocultar que se trata de una genuina responsabilidad objetiva. No obstante, y pese a que este hecho es innegable, tengo serias dudas que desde un prisma estrictamente constitucional este concreto aspecto del principio de culpabilidad, la interdicción de la responsabilidad objetiva, pueda ser trasladado tal cual de las personas físicas a las jurídicas, pues la culpabilidad en este punto, al igual que otros derechos fundamentales como el honor o la intimidad, emanan del valor de la dignidad humana, y en cuanto tal es difícil entender que pueda afectar a la persona jurídica.

A lo sumo, y en cualquier caso, esta objeción constitucional a lo que obligaría es, como ha entendido el legislador italiano, a acoger un modelo de imputación distinto basado en la culpabilidad de empresa. No se opone por tanto de raíz a la responsabilidad penal.

Dicho lo anterior, creo que el principio de non bis in idem constituye el límite constitucional más importante a la responsabilidad de las personas jurídicas. En empresas pequeñas y medianas, donde la dirección suele estar en manos de los accionistas principales, quienes además son generalmente las personas penalmente responsables, resulta evidente que existe una doble sanción. El argumento formal de la doble personalidad no puede utilizarse para eludir la aplicación de un derecho fundamental.

El bis in idem puede, no obstante, evitarse de dos formas, ambas convincentes. La primera es restringir la responsabilidad de las personas jurídicas a las sociedades que superen un determinado tamaño. Donde desde un punto de vista "real" cabe hablar de dos personas distintas.

La segunda solución es la adoptada por el Proyecto de reforma

cantidad de sanción necesaria para alcanzar iguales efectos preventivo generales.

A estos dos argumentos, sumaría un tercero de carácter económico: la sanción a la empresa consigue, de un lado, compensar la ventaja anticompetitiva que ésta ha obtenido mediante la infracción: la cantidad de impuestos evadida, o las cantidades ahorradas por no disponer de medios de seguridad e higiene. Pero también, y de otro lado, dado que su responsabilidad le lleva a adoptar medidas de autoorganización preventivas, la empresa asume con ello parte del gasto público que genera la administración de justicia. Con ello se palia, al menos parcialmente, lo que los economistas denominan "fallos de mercado" y además se promueve una producción socialmente responsable, lo que entronca como antes señalaba con el debate acerca de la responsabilidad social corporativa.

Abordado el problema de la utilidad, me ocuparé del segundo filtro por el que debe pasar toda política criminal: su constitucionalidad.

Para discutir este problema es ante todo urgente salir del paso del mal del nominalismo: llamémos como llamemos a las sanciones que se imponen a las personas jurídicas (es decir: penas, medidas de seguridad, sanciones administrativas, consecuencias accesorias), lo cierto es que estas pertenecen a lo que el Tribunal Europeo de derechos humanos ha denominado derecho penal en sentido amplio; es decir, sanciones que por sus características afflictivas son materia penal, y le son de aplicación las garantías básicas del derecho penal. Esta perspectiva constitucional es un excelente antídoto contra la estafa de etiquetas, y también relativiza a mi juicio el valor de las construcciones doctrinales que rechazan a toda costa que se hable de penas, y luego admiten, solo que con otro nombre, las mismas sanciones e incluso los mismos criterios de imputación.

Aclarado que las garantías constitucionales no se alteran por el mero hecho de utilizar un nombre distinto, considero que los problemas de constitucionalidad, son esencialmente tres:

La objeción más clásica es que la sanción a la persona jurídica afecta a los socios inocentes, lo que atentaría contra el principio de culpabilidad o, más concretamente, de personalidad de las penas. Esta primera objeción es fácil de rebatir. Primero, porque todas las sanciones tienen efectos colaterales sobre terceros inocentes; y segundo, porque la

pérdida patrimonial que experimenta el socio es similar a cualquier otro riesgo derivado de una mala gestión. De hecho los socios podrían plantearse ejercer acciones de responsabilidad social contra los administradores, como es frecuente en los Estados Unidos a partir del caso *Caremark* (Court of Chancery of Delaware, Sep 25. 1996)

La segunda objeción deriva también del principio de culpabilidad, y afecta al sistema más extendido de imputación, el modelo vicarial, a tenor del cual la culpabilidad de la persona física, del agente, se transfiere a la persona jurídica. Aunque algunos Tribunales constitucionales, como el alemán, consideran precisamente que esta transferencia de culpabilidad salva las dudas de constitucionalidad, esta ficción no puede ocultar que se trata de una genuina responsabilidad objetiva. No obstante, y pese a que este hecho es innegable, tengo serias dudas que desde un prisma estrictamente constitucional este concreto aspecto del principio de culpabilidad, la interdicción de la responsabilidad objetiva, pueda ser trasladado tal cual de las personas físicas a las jurídicas, pues la culpabilidad en este punto, al igual que otros derechos fundamentales como el honor o la intimidad, emanan del valor de la dignidad humana, y en cuanto tal es difícil entender que pueda afectar a la persona jurídica.

A lo sumo, y en cualquier caso, esta objeción constitucional a lo que obligaría es, como ha entendido el legislador italiano, a acoger un modelo de imputación distinto basado en la culpabilidad de empresa. No se opone por tanto de raíz a la responsabilidad penal.

Dicho lo anterior, creo que el principio de non bis in idem constituye el límite constitucional más importante a la responsabilidad de las personas jurídicas. En empresas pequeñas y medianas, donde la dirección suele estar en manos de los accionistas principales, quienes además son generalmente las personas penalmente responsables, resulta evidente que existe una doble sanción. El argumento formal de la doble personalidad no puede utilizarse para eludir la aplicación de un derecho fundamental.

El bis in idem puede, no obstante, evitarse de dos formas, ambas convincentes. La primera es restringir la responsabilidad de las personas jurídicas a las sociedades que superen un determinado tamaño. Donde desde un punto de vista "real" cabe hablar de dos personas distintas.

La segunda solución es la adoptada por el Proyecto de reforma

del CP y consiste en la posibilidad de que el juez: "Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa," module las respectivas cuantías. La propuesta que presento adopta ambos caminos: no responsabilidad penal para personas jurídicas de menos de 50 trabajadores, y posibilidad de compensación en medianas empresas de hasta 250 trabajadores.

Concluida la exposición de estos asuntos, paso a presentar lo que constituye el bloque central de mi trabajo: ¿cuál es el sistema de imputación más adecuado?. Si atendemos tanto al derecho comparado, como a las diversas aportaciones doctrinales, podemos constatar que básicamente existen tres grandes modelos:

. El primero el vicarial o de transferencia de responsabilidad: consiste en transferir a la empresa la culpabilidad de la persona natural que ha actuado. Es el modelo más clásico que puede encontrarse en el Reino Unido, el Código penal francés y también en el actual art. 31 del CP español. Pese a que como vamos a ver es fácil de refutar, ocurre, lo que casi siempre pasa con los clásicos, que acaban teniendo parte de razón.

. El segundo modelo es el de la culpabilidad de empresa, que, en las antípodas del anterior, busca los fundamentos de la responsabilidad en factores que tienen que ver con la propia corporación. El CP austriaco y el suizo adoptan este modelo, que encuentra en la doctrina valedores tan importantes como Günther Heine o Gómez Jara.

. El mixto aúna factores de ambos: en su versión más extendida parte de la transferencia de responsabilidad, como criterio de imputación, para a continuación elegir y graduar la sanción atendido a la culpabilidad de empresa. Es el modelo de las Directrices para imponer sentencias a organizaciones de los USA, que ha inspirado en Europa la Ley Italiana de 2001 y que parece seguir, aunque de una forma más tímida, el Proyecto de reforma del Código penal español. Puedo adelantarles ya que éste es el modelo que también sigue mi propuesta

Comencemos, como es debido, por los clásicos, por el modelo vicarial, que tiene además la virtud de ser el más sencillo de todos. Aunque esta virtud, como casi todas, no es al final sino apariencia porque al menos conviven bajo este nombre dos fórmulas de imputación distintas.

De acuerdo con la primera, que procede de los USA y de la doctrina del *respondeat superior*, la transferencia de culpabilidad se produce bajo tres condiciones: la actuación culpable del agente, dentro de los fines de la empresa, y con el fin de beneficiarla.

La segunda fórmula, de origen británico, es la teoría de la identificación, que exige para la imputación que el comportamiento haya sido cometido por un superior, y no por cualquier agente de la entidad. Algunas versiones de este modelo se caracterizan a su vez por relajar el grado de conexión entre el superior y el delito. De este modo, se conforman con que el superior haya autorizado, tolerado o consentido la comisión del hecho delictivo o incluso, en las versiones más laxas de la teoría de la identificación, basta con que la infracción haya sido realizada como consecuencia de un ejercicio defectuoso de sus facultades de vigilancia y control. Todas las Decisiones marco de la Unión Europea y, en su senda, diversos ordenamientos acogen esta versión más relajada de la teoría de la identificación.

El principal defecto del modelo vicarial, sobre todo en la versión de la teoría de la identificación, es que beneficia a las grandes empresas y perjudica a las pequeñas. En estructuras empresariales simples es más fácil encontrar al responsable individual, y que éste se encuentre además en la cúspide de la organización.

Igualmente este modelo resulta disfuncional a la hora de alcanzar el objetivo principal que perseguíamos con la responsabilidad colectiva: si responsabilidad de la empresa y del superior se aúnan, lo lógico es que éste vuelva a cerrar los ojos, y así evitará no solo su propia responsabilidad, sino también la de la empresa. Bien pensado, lo que ocurrirá es que el superior buscará un subordinado, un chivo expiatorio, que cargue con la culpa y libere a él y a la empresa de responsabilidad.

Por si fuera poco, el sistema vicarial tiene además el efecto de desaliento de todo sistema de responsabilidad objetiva, la empresa nunca ve reconocidos sus esfuerzos organizativos encaminados a evitar los hechos delictivos. Esta circunstancia, por supuesto, no incita a colaborar con la administración de justicia, sino que refuerza el pacto de silencio entre el infractor y la empresa. Es lo que algunos han denominado como el efecto perverso de la responsabilidad vicarial.

Ante estas contundentes críticas no es de extrañar que cada vez tome más auge la idea de que las personas jurídicas deben responder por su propia culpabilidad. Además de importantes propuestas doctrinales, en los últimos años algunos modelos legislativos como el homicidio de la corporación en Inglaterra, el importante sistema de responsabilidad del Código penal australiano o, el más cercano a nosotros, Código penal suizo han acogido este criterio.

Nota común a todos ellos es que la persona individual desaparece, de tal forma que el objeto de reproche son factores que tienen que ver en exclusiva con la propia empresa. Los problemas surgen cuando se intenta definir qué es la culpabilidad de empresa. Existen básicamente cuatro corrientes diferentes a la hora de entender la culpabilidad de empresa, algunas con variaciones importantes:

. Una primera posibilidad es asociar la culpabilidad de empresa a una deficiente cultura corporativa. El CP australiano considera en este sentido que existe un delito doloso de empresa, cuando el entorno es el que anima a la comisión del delito al infractor individual, al sentirse tolerado o amparado.

. La forma más clásica de entender la culpabilidad de empresa es concebirla como un defecto de organización. No obstante, cuando preguntamos qué es un defecto de organización entramos, a su vez, tres variantes:

. En algunos casos, como en la propuesta de Günther Heine o el homicidio de la corporación británico, la culpabilidad por defecto de organización sería una suerte de responsabilidad imprudente de la empresa. Lo que se le reprocha a la empresa es el haber generado una lesión de bienes jurídicos – la muerte de un trabajador, la contaminación ambiental – por no haber organizado correctamente sus procesos de producción.

. Una segunda variante de concebir el defecto de organización se asocia a la ausencia de un responsable individual. Así por ejemplo, el Código penal suizo indica que la empresa es responsable si la “falta de adscripción del hecho a la persona individual se debe a una carencia de la organización interna”. Como puede apreciarse se trata de una responsabilidad subsidiaria de la empresa que deriva de la no identificación o inexistencia de un responsable individual.

Finalmente, una tercera posibilidad, aprecia la falta de organización en todo lo contrario en “no haber puesto todas las medidas organizativas razonables e indispensables para impedir la infracción cometida”. Lo que constituye construir el defecto de organización en relación tanto a comportamientos dolosos como imprudentes de los empleados de la entidad.

Pero prosigamos. A la culpabilidad de empresa como mala cultura corporativa, o como defecto de organización puede añadirse aun otra posibilidad más: para algunos autores la culpabilidad de empresa es culpabilidad por el carácter, culpabilidad por la conducción de la empresa, esto es, un caso de derecho penal de autor. Así lo mantienen entre nosotros, por ejemplo, Lampe. A su juicio, y no le falta razón, este derecho penal de autor empresarial sería constitucionalmente admisible. Pues mientras que el Estado carece de legitimidad para señalar a los individuos cómo tienen que conformar su carácter, en definitiva, organizarse internamente, sí que puede exigir que las corporaciones adopten determinadas formas de organización de forma permanente.

Finalmente dos de los autores más relevantes en toda discusión Fisse y, el primer “nobel” de criminología, el Stockholm Price del 2006, John Braithwaite estiman que es mucho mejor referir la culpabilidad de la empresa a su forma de reaccionar ante la comisión de un delito. La culpabilidad reactiva atendería pues al comportamiento post delictivo. No existe culpabilidad si la empresa reacciona adecuadamente y, en vez de ocultar los hechos coopera la autoridad competente, pone en marcha una investigación interna con el fin de desvelar las causas que han provocado la actividad delictiva, repara voluntariamente a las víctimas e implementa las medidas de organización necesarias para que los hechos no vuelvan a repetirse.

Como casi siempre suele ocurrir con la diversidad, ésta más que un problema representa una ventaja que hay que aprovechar. En realidad considero que casi todas estas variantes son tendencialmente correctas. Las distintas formas de culpabilidad de empresa que acaban de exponerse pueden ser reducidas a dos aspectos esenciales: que condense en la fórmula de defecto de organización permanente.

El primer elemento clave dentro de mi propuesta es la idea de culpabilidad de empresa como defecto de organización en la dirección

empresarial. En realidad de lo que se trata es de, algo tan tangible, como que los administradores adopten medidas razonables de control y de gestión, no muy distintas a las que adoptar para conseguir sus resultados económicos, con el fin de impedir o dificultar la comisión de hechos delictivos, dolosos o imprudentes, por parte de sus empleados, y en caso de que estos se cometan – y aquí entre la responsabilidad reactiva y subsidiaria – permitan a la empresa localizar al infractor y reparar el daño. Necesariamente dentro de estas medidas destaca la implantación de una ética empresarial. Pues una buena organización empresarial es aquella que, aparte de por los beneficios, procura generar una cultura corporativa que fomente el respeto la ley.

El segundo eje para entender la culpabilidad de empresa es su distinta estructura temporal. Solo existe culpabilidad de empresa si el comportamiento delictivo individual pone de relieve de un defecto de organización permanente. Comportamientos individuales aislados, sin conexión con defectos de organización estables o estructurales no dan lugar a responsabilidad. Este carácter permanente de la culpabilidad de empresa explica la importancia que en el derecho penal colectivo tiene la culpabilidad reactiva, el comportamiento postdelictivo, pues es un indicador tan potente del carácter estructural del defecto de organización, como la adopción de medidas proactivas encaminadas a la prevención.

Tomar en serio la culpabilidad de empresa como defecto de organización permanente significa que:

Primero, tal como establece el artículo 2 de mi propuesta, no existe responsabilidad de la persona jurídica si no se prueba que el delito es precisamente manifestación de la infracción continuada de deberes de organización.

Segundo, la distinción entre tentativa y delito consumado es mucho menos importante en el derecho penal colectivo, en ambos casos se pone de manifiesto una organización empresarial defectuosa.

En tercer lugar, implica considerar que la reincidencia debe tener una gran importancia como circunstancia agravante, pues es un indicador preciso de la permanencia del defecto de organización en la corporación.

Cuarto: El comportamiento postdelictivo, la culpabilidad reactiva, tiene igualmente mayor importancia en la determinación de la sanción.

Bajo estas mismas concepciones el Proyecto de Código penal me

parece, en cambio, criticable porque ha acogido de una forma muy tímida y parcial la idea de culpabilidad de empresa: la adopción de medidas de organización – que el Proyecto concreta en los denominados Códigos de prevención – sólo atenúan, pero inexplicablemente no sirven para excluir la responsabilidad. Tampoco entiendo bien porque no se ha previsto un sistema de agravantes con el fin de atender, por ejemplo, a los casos de reincidencia. Más frecuentes en el ámbito del derecho penal colectivo que el individual, como prueba por ejemplo el que Telefónica haya sido sancionada en 10 años 10 veces por el Tribunal de defensa de la competencia.

Visto el diseño general de la culpabilidad de empresa, en lo que sigue querría abordar dos de preguntas que tienen que ver con aspectos más de detalle, y que sirven para perfilar mi propuesta:

He aquí la primero: ¿al igual que existen personas físicas inimputables o menores de edad, existe un equivalente a esta categoría en derecho penal de personas jurídicas?

Pues bien, en este punto creo que debe recogerse la propuesta realizada por Carlos Gómez Jara. Las pequeñas sociedades – que en mi propuesta son aquellas menores de 50 empleados – no deben considerarse responsables. No tiene el grado de complejidad organizativa suficiente como para poder distinguir entre sus out put y los de las personas individuales que hay tras ellas. Como puede apreciarse la responsabilidad de las personas jurídicas no se opone a la política jurídica que en otros sectores del derecho se expresa a través de la teoría del levantamiento del velo.

El segundo caso de personas inimputables son las empresas de fachada creadas ad hoc para la comisión de hechos delictivos, pero que no realizan ninguna actividad comercial. Dado que estas empresas no son sino herramientas en manos de las personas responsables del delito, las accesorias impuestas a los responsables individuales a los que se priva de un instrumento objetivamente peligroso. En este sentido el art. 2.4 de mi propuesta viene a coincidir con el art. 297 bis del Proyecto de reforma, que al hilo del discutible delito de creación de sociedades de fachada, establece la clausura de los locales o la disolución.

Dicho lo anterior creo sinceramente, que una de las virtudes del

modelo legislativo que presento es que posee cuatro niveles de intervención diferentes:

El previsto para las pequeñas empresas de menos de 50 empleados donde no establezco ningún tipo de responsabilidad.

El de las empresas criminales donde las sanciones a imponer son en realidad consecuencias accesorias de la responsabilidad individual.

El de las medianas empresas – menos de 250 trabajadores - de capital concentrado donde es posible la compensación de sanciones entre personas físicas y jurídicas.

Y el de las empresas de más de 250 empleados que es para las que rige plenamente la doble responsabilidad.

El segundo estudio de detalle responde a esta pregunta: ¿el grado de culpabilidad de la persona jurídica, tal como mantiene este modelo, es absolutamente independiente del hecho cometido por la persona individual?, ¿no tendrá un ápice de razón el sistema vicarial o, más aún la teoría de la identificación?

Pues bien, a mi juicio, si que existe una estrecha relación entre ambas culpabilidades, de hecho creo que la culpabilidad de empresa no puede determinarse sin conocer determinadas características del comportamiento individual. Por ello tal como señalo en el art. 4 de mi propuesta: la culpabilidad de la persona física y de la jurídica son dos magnitudes independientes, pero, a su vez, estrechamente relacionadas. Ello implica, entre otras cosas, que es conveniente un único proceso para dilucidar ambas responsabilidades, y que por regla general, constatar y aquilatar la responsabilidad colectiva implica determinar todos los detalles de la responsabilidad individual.

Pero veamos, con algo más de detalle que consecuencias se extraen de todo esto:

A mi juicio, el aspecto más revelador para acertar el grado de culpabilidad de la empresa es precisamente el nivel jerárquico del infractor. Los deberes de organización deben ser mayores para asegurar que los directivos respetan la ley, que para los empleados. La realización del delito por un alto jerarca de la entidad implica que existe una mala cultura corporativa, y que no son creíbles ninguna de las medidas de organización que hayan podido ser adoptadas.

Esta relación no ha pasado desapercibida a muchos legisladores.

Así en las directrices norteamericanas cuando la infracción se comete por una "persona de alto nivel" la pena a imponer se agrava notablemente, presumiéndose además la culpabilidad de la empresa. El Decreto legislativo italiano de 2001 ha remarcado también este aspecto acogiendo en realidad dos modelos de imputación. Pero lo que es más importante es que las propias Decisiones marcos de la Unión Europea, cuando establecen la responsabilidad colectiva, determinan que deben establecerse sanciones más graves si el delito ha sido cometido por un directivo de la entidad, que por un subordinado.

Por ello sorprende que en el Proyecto de reforma aunque establezca dos supuestos de imputación diferentes en el art. 31 bis, siguiendo las pautas de las decisiones marco, después no extraiga ningún tipo de consecuencia a la hora de calibrar las penas al respecto.

Más, la relación de complementariedad, entre responsabilidad individual colectiva, no impide en modo alguno que la responsabilidad de la persona jurídica siga siendo independiente, este hecho explica los contenidos del art. 4 de mi propuesta según el cual en virtud del cual, por ejemplo, subsiste la responsabilidad de empresa aunque en algún caso no se logre identificar al concreto responsable, la persona física que realiza el hecho antijurídico sea inimputable o concurren sobre ella causas de exculpación que no tienen porque afectar a la persona jurídica.

Todo lo que acaba de indicarse hasta aquí constituyen los mimbres principales del sistema de imputación que propongo. Ahora bien, dicho esto, soy consciente de que mi propuesta estaría en el aire sino fuera capaz de ofrecerles explicaciones sobre, una cuestión que resulta esencial: ¿qué es organizar bien una empresa? Piensen, por ejemplo, que Enron era uno de los grandes ejemplos de empresa innovadora, bien organizada y responsable socialmente, y que disponía de todo tipo de productos éticos: Códigos éticos, comités, *hot line* para denunciar hechos ilícitos, y cursillos constantes de formación "ética" para sus empleados. etc.

Pues bien, en relación a esta cuestión, lo primero que habría que señalar es que quizás nos ocurra un poco como al famoso personaje de Moliere que hablaba en prosa sin saberlo. En las dos últimas décadas, por diversos sectores del ordenamiento jurídico se están introduciendo con gran velocidad normas que en realidad imponen deberes de organización de contenidos similares a los ahora descritos.

En el marco puramente legislativo los casos más claros son los del RD 54/2005 en relación al blanqueo de capitales, el RD 604/2006 relativo a la prevención de riesgos laborales, el RD 629/1993 que obliga a las empresas que prestan servicios de inversión a establecer códigos internos de conducta o recientemente el Proyecto de Ley de responsabilidad medioambiental que exige también de las la adopción de medidas de prevención y de reparación.

En ellos se desarrollan ya instrumentos tan nucleares para una correcta organización empresarial, en el sentido que aquí se sostiene, como:

la necesidad de contar con normas de conductas o códigos de prevención y de formar a los trabajadores de la empresa en su cumplimiento, la evaluación de riesgos, el risk assesment, vital a la hora de diseñar los Códigos de prevención,

la importancia que tiene que la responsabilidad por la prevención se asuma en todos los niveles jerárquicos, especialmente los administradores, y que existan personas encargadas específicamente de ejecutarlos – que no son sino los denominados oficiales de ética o de cumplimiento,

la necesidad de revisar periódicamente los planes de cumplimiento etc.

Pero también la organización empresarial destinada a la prevención de actividades delictivas, se está introduciendo en la práctica empresarial española a través del *soft law* de las Convenciones internacionales y, como ya he subrayado antes, del buen gobierno corporativo. Basta leer en este sentido los informes de la OCDE en materia de corrupción, que exigen la protección de *Whistleblowers* o denunciadores cívicos o los Códigos de buen gobierno que en realidad son programas de cumplimiento destinados a evitar delitos societarios y bursátiles. Tampoco es ya extraño que nuestras grandes empresas se hayan dotado de Códigos éticos, en los que se prohíben conductas como la corrupción, la contaminación o la explotación del trabajo infantil.

Para sistematizar todas estas medidas, y también para generar una mayor seguridad jurídica, mi propuesta establece en su art. 3 de los Códigos de prevención, siguiendo, aunque con modificaciones importantes, el modelo norteamericano de los programas de cumplimiento, que ha acogido también el legislador italiano.

A fin de ser breve, resaltaré sólo el aspecto de mi propuesta que me distancia más del “modelo norteamericano”: aunque los códigos de prevención son un caso de autorregulación, este concepto tal como se entiende en la actualidad, como producto dialéctico entre el intervencionismo y el voluntarismo, no está reñido con la intervención de la administración que además de dar criterios más o menos generales acerca de cómo ha de ser la autorregulación, también puede y debe dialogar con la empresa con el fin de diseñar los aspectos de un concreto sistema de cumplimiento e incluso llegado el caso intervenir directamente y obligar a una empresa a que adopte determinadas medidas.

Por otro lado, y además del legislador dando directrices generales, es conveniente que en la elaboración del Código de prevención intervengan sindicatos, organizaciones empresariales, representantes de intereses colectivos, como ONG, y otros sectores interesados. Esta forma de autorregulación regulada se corresponde con propuestas teóricas tan actuales como el derecho reflexivo de Gunther Teubner o la regulación cooperativa tal como la entienden, por ejemplo, John Braitwaite y Ian Ayres.

Me lamentaba al comienzo de mi intervención, de la parquedad del debate doctrinal acerca del sistema de imputación más apropiado para la persona jurídica, pues bien, la situación es bastante peor en lo tocante a las consecuencias jurídicas. Por esta razón, orillando el estudio de las distintas sanciones, voy a centrarme en una cuestión más abstracta y fundamental como es la relativa a los fines de la pena en el derecho penal colectivo.

En este asunto la primera constatación es que los términos prevención general y especial resultan equívocos. En el derecho penal colectivo el fin principal de la sanción es la autoorganización de la empresa, un fin si se quiere mucho más cercano a la prevención especial en cuanto que equivaldría a la resocialización de las personas jurídicas. Ello no quiere decir, por supuesto, que la sanción no puede atender a otros fines como la reparación, la inocuización o la prevención general positiva, más estos con ser importantes son un tanto accesorios o coyunturales.

Dicho esto, la discusión gira más bien en torno a como conseguir este objetivo. Y es aquí en donde encontramos una enconada disputa entre los partidarios de lo que se denomina como el modelo económico

y aquellos partidarios del conocido como modelo estructural.

Para los primeros, cuyos mentores principales son el premio nobel de economía Guy Becker y el jefe de filas del Law and Economics, Richard Posner, la forma más sencilla de conseguir la autorregulación es la multa. Su razonamiento se basa en la visión de la empresa como un actor racional, que busca maximizar su beneficio, de ahí que si se la amenaza con una pérdida económica se organizará, y además lo hará de la forma más eficiente posible, para que esta amenaza no sea realidad.

Los partidarios del modelo estructural, como el profesor de la Universidad de Columbia, John Coffee, tiene una imagen bastante menos idealizada, y bastante más irracional del modo de funcionamiento de una empresa, y consideran además que la multa, calculada al modo que proponen los economistas (esto es: posibilidad de ganancias, posibilidad de descubrimiento) tiene notables problemas para hacerse efectiva. Por ello proponen como modelo de sanción sistemas alternativos de multa - como la multa equitativa-, y sobre todo apuestan por la necesidad de aplicar la *probation* a las personas jurídicas, con el fin de que un oficial de prueba, curador o supervisor judicial sea el que establezca las medidas de organización necesarias.

Mi posición al respecto es consecuencia directa de mi concepción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como un defecto permanente de organización. Lo importante es ofrecer al juez un gran abanico de sanciones, configuradas además de un modo flexible, que le permitan en cada caso diseñar en su sentencia un tipo de sanción que se adapte a la personalidad de la empresa infractora. Como pueden apreciar se trata de un sistema mucho más cercano a la lógica de las medidas de seguridad que al de la pena. La idea, como va a comprobarse, no está muy lejana de lo que en su día exponía Liszt en su famoso programa de Marburgo. Según creo el juez debe tener capacidad para conformar cuatro tipo de sentencias diferentes:

El primer tipo de sentencias, probablemente las más usuales, serían las destinadas a motivar la autorregulación, sus destinatarias serían los delincuentes ocasionales, es decir las empresas no reincidentes y en las que no exista una estrecha relación entre los directivos y el delito. Ante este tipo de corporaciones cabe esperar que la simple amenaza, y en su caso, imposición de la multa provoque los efectos de autorregulación

que se buscan con el derecho penal colectivo.

La sentencia rehabilitadora – segundo tipo -ha de imponerse en cambio a empresas “corregibles”, en las que el juez prevé que la autorregulación no es posible, ya sea porque son multireincidentes ya sea porque sus directivos han estado muy implicados en la comisión del delito, o porque son incapaces de poner fin a sus carencias organizativas. La sanción a utilizar en este caso sería la supervisión judicial.

La sentencia innocuizadora es el que ha de imponerse a empresas peligrosas, esto es, aquellas que de proseguir su actividad ponen en peligro bienes jurídicos como la salud colectiva, o el medio ambiente o los trabajadores. Son sanciones innocuizadoras la supervisión judicial, destinada por ejemplo a imponer un plan de prevención de riesgos laborales, unida a sanciones interdictivas que paralicen la actividad de la empresa mientras esta es reorganizada.

Las sentencia reparadora constituye la cuarta clase de resolución. El fin reparador, tal como se entiende mi propuesta, es más amplio que la responsabilidad civil. Así por ejemplo si la empresa es la que está en mejores condiciones de reparar el daño, la reparación se efectuaría a través de trabajos en beneficios de la comunidad, acompañados en su caso de una supervisión judicial, con el fin de comprobar su corrección. Igualmente cabe pensar en medidas de reparación simbólica.

Lógicamente estos tipos de sentencias, no deben verse como compartimentos estancos. Nada impide por ejemplo imponer una multa, y someter a la empresa a un régimen de supervisión judicial. O establecer una sanción rehabilitadora, acompañada de alguna sanción interdictiva. Lógicamente la sanción resultante ha de ser proporcionada al defecto de organización de la empresa, en el marco de la infracción cometida.

A partir de las consideraciones realizadas en los apartados anteriores, creo posible proponer el siguiente modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Su ubicación podría ser el propio CP, configurando un título distinto al que contienen las penas y medidas de seguridad, con el fin de subrayar la distinta naturaleza jurídica de este tipo de sanción. La complejidad técnica de esta regulación justificaría igualmente que esta materia se abordase en una ley especial. En aquellos países, como es el caso de España, en que existe responsabilidad penal pero

también administrativa, sería necesario que en ambos sectores se acogiera un idéntico sistema de imputación.

Art. 1: Principio de legalidad.

1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas se producirá exclusivamente cuando así lo señale el legislador en relación a cada uno de los delitos o faltas previstos en los Libros II y III o en la correspondiente ley penal especial.
2. La responsabilidad penal solo es posible si la acción u omisión realizada por su representante (art. 2) ha sido tipificada como delito o falta, y además se ha establecido expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
3. Tendrán efecto retroactivo las leyes penales que favorezcan a la persona jurídica, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y se estuviera ejecutando la medida penal. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable será oído el representante de la entidad.

Comentario

Este precepto pretende, en primer lugar, acoplar la vigencia del principio de legalidad a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, estableciendo algunas precisiones, que podrían ser fácilmente fijadas también por vía jurisprudencial. De este modo, el apartado segundo está pensando en casos en que la responsabilidad penal de la persona física es anterior al momento en que el legislador considera existente la responsabilidad colectiva y el hecho se ha cometido, por la persona física, antes de este momento. El apartado tercero desvincula la aplicación de la retroactividad entre persona física y jurídica.

El apartado primero es el más importante, en cuanto que constituye un aspecto fundamental del modelo elegido. No se establece un modelo generalizado de responsabilidad de personas jurídicas, sino que el legislador en la PE o las leyes especiales decidirá en qué infracciones resulta conveniente su sanción. Esta previsión debe completarse con la prevista en el art. 2.2. En virtud de la cual una vez seleccionado el delito sobre el que versará la responsabilidad de las personas jurídicas, el legislador podría restringir esta responsabilidad, de creerlo conveniente a un tipo de industrias (Ejemplo: establecida la responsabilidad colectiva en relación a los art. 316 y 317 del CP, podría decidir que sólo las personas jurídicas

que se dedican a la construcción son responsables penalmente).

Art. 2: Culpabilidad.

1. La persona jurídica es responsable por la comisión de un hecho delictivo realizado por cualquier persona física que actúe por su cuenta cuando no ha implementado o no lo ha hecho de manera eficaz un Código de prevención con el fin de prevenir y descubrir la realización de ese tipo de delitos. No existe responsabilidad penal si la persona jurídica cuenta con un Código de prevención eficaz.
2. En relación a cada infracción penal en la que se establezca la responsabilidad podrá restringirse en atención al tamaño y actividad las personas jurídicas obligadas a establecer Códigos de prevención.
3. No existe responsabilidad cuando la persona jurídica tiene menos de 50 empleados. En este caso el juez podrá ordenar, como consecuencia accesoria a la pena, la supervisión de la empresa dirigida por el responsable individual.
4. No existe responsabilidad cuando la persona jurídica no realiza ningún tipo de actividad comercial y tiene como única finalidad la comisión de hechos delictivos. En estos casos el juez ordenará la disolución de la empresa, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales.

Comentario

El apartado primero consagra la culpabilidad por déficit de autorregulación permanente como criterio principal para establecer la responsabilidad de la persona jurídica. La culpabilidad de la organización radica en no haber implementado, o haberlo hecho de forma ineficaz, un Código de prevención destinado a prevenir o investigar la clase de delito que se ha realizado. Como la responsabilidad de la persona jurídica depende de su propia culpabilidad, no debe ser sancionada cuando demuestra la implantación de un Código de prevención eficaz.

La existencia del comportamiento individual equivale a una condición objetiva de punibilidad, que atiende a razones de política criminal. Aunque el defecto de organización puede estar presente con antelación, la sanción

penal contra la empresa sólo puede plantearse cuando se ha realizado un hecho delictivo.

Aunque tal como se señala en el art. 4, la responsabilidad individual y la colectiva son independientes, conocer la gravedad del defecto de autorregulación de la persona jurídica requiere conocer quién es el responsable individual. Ambas responsabilidades no pueden desvincularse de un modo absoluto, por esta razón en la regulación de las circunstancias agravantes y en la elección de las medidas a imponer se tiene particularmente presente el lugar que ocupa dentro de la jerarquía de la empresa el responsable individual (vid. especialmente arts. 6.2; 8.3.1º; art. 9.1; art. 10.2). La comisión de un hecho delictivo por un directivo denota una mayor gravedad del defecto de organización y, por tanto, un mayor merecimiento de sanción.

La vaguedad de que adolece el concepto de culpabilidad de empresa, incluso si se concreta en la noción de autoorganización destinada a la prevención y descubrimiento de infracciones, se remedia a través de la figura de los Códigos de prevención. Éste es el estándar al que debe atender el juez a la hora de juzgar si las medidas de organización empresarial, con el fin de prevenir y descubrir hechos delictivos, resultan eficaces.

El concepto de culpabilidad en que se cimenta esta propuesta se completa con la instauración de un régimen de agravantes que reflejan en buena medida la estructura temporal de la culpabilidad de empresa (art. 8).

Los números 3º y 4º reconocen la existencia de personas jurídicas inimputables, en los supuestos de pequeñas empresas o de sociedades pantalla que son instrumentos delictivos. Desde un punto de vista procesal esta consideración implica el que la persona jurídica no se considera imputada en el proceso penal. Las medidas de supervisión y disolución que se prevén respectivamente son parte de las consecuencias jurídicas impuestas a la persona individual.

La definición de pequeña empresa atendiendo al número de trabajadores (50) coincide con la mantenida por la OIT en su informe sobre fomento de pequeñas y medianas empresas (Ginebra. 1986).

Art. 3: Códigos de prevención.

1. Los Códigos de prevención deberán establecerse por las personas jurídicas obligadas, de acuerdo con su tamaño y nivel de organización, cumpliendo con las siguientes condiciones mínimas:

- a) Un código de conducta en el que se determinen los principios y reglas principales de actuación de empleados y directivos de la persona jurídica con el fin de prevenir o descubrir la realización de hechos delictivos.
- b) Controles internos para prevenir y descubrir los comportamientos delictivos realizados por cuenta de la empresa, como, por ejemplo, sistemas de comunicación que permitan a los empleados y directivos de todos los niveles comunicar, sin temor a represalias de ningún tipo, los hechos delictivos que tengan conocimiento realizados en la actividad de la persona jurídica.
- c) Un sistema disciplinario que sancione las infracciones al código de conducta.
- d) Determinación del órgano o persona que dentro de la estructura de la persona jurídica responsable de la implantación y actualización del modelo de organización. En todo caso este órgano o persona estará compuesto por superiores jerárquicos o sometido a su directa supervisión.
- e) El Código de prevención será auditado al menos cada dos años por una sociedad o persona independiente. Las sociedades cotizadas harán público este informe de auditoría, que además necesariamente debe publicarse en su página web.

2. Al establecer la responsabilidad de la persona jurídica, en relación a cada figura delictiva, el legislador podrá realizar ulteriores especificaciones de las condiciones mínimas de los modelos de organización. En cualquier caso, los modelos de organización deben ser capaces de incorporar y cumplir con la regulación administrativa susceptible de aplicación.

3. En relación a cada una de las figuras delictivas para las que se prevea la responsabilidad penal de los entes, las organizaciones empresariales en cooperación con las Administraciones públicas, organizaciones sindicales y otras asociaciones interesadas establecerán sistemas de organización que podrán servir como modelo a las personas jurídicas afectadas.

Comentario

A la vista de la realidad española, pero también de otros países iberoamericanos, resulta conveniente dar unas pautas, de carácter esencial, tal como se hace en Estados Unidos o Italia, acerca de los elementos esenciales de los Códigos de prevención. En todo caso, existen sectores como la seguridad en el trabajo, el blanqueo de capitales, el medio ambiente o la actividad financiera en la que el legislador obliga ya a adoptar normas de organización, que deben entenderse como complementarias de los Códigos de prevención.

La elaboración de los códigos de prevención se fundamenta en la técnica de la valoración del riesgo (*risk assesment*) y lo que se ha dado en llamar *responsive regulation*. De acuerdo con el primer criterio cada empresa debe realizar su propio análisis de riesgo y establecer tras examinar su actividad en que sectores o momentos es más probable que aparezcan conductas delictivas. Los controles internos y el código de conducta deben adoptarse tras haber realizado este análisis. La regulación cooperativa se plasma en el apartado tercero cuya finalidad es asegurar la participación del entorno social de la empresa en la elaboración del Código de prevención. De este modo, la comunidad a la que pertenece la empresa, representada por la administración, los sindicatos u otras organizaciones, en diálogo con ésta, fijará el nivel de exigencia y, en definitiva, de responsabilidad social a la que cada persona jurídica está sujeta.

La eficacia del Código de prevención, con independencia de sus contenidos, depende de que las altas esferas estén implicadas en su ejecución. En las sociedades de grandes dimensiones, esta responsabilidad no puede delegarse totalmente existiendo un deber de supervisión que debe recaer sobre uno de los *top manager*.

De entre los distintos controles internos se menciona expresamente por su importancia la figura de los denunciantes cívicos, en cuanto que la posibilidad de poner de manifiesto posibles irregularidades, sin temor a represalias, es un termómetro fiable de la eficacia del Código de prevención y en general de la cultura preventiva de la empresa.

Art. 4: Independencia de la responsabilidad de la persona jurídica y natural.

1. La responsabilidad de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de la persona natural y subsiste aun cuando:

- a. Como consecuencia de la organización de la empresa, ningún empleado o directivo resulta penalmente responsable por la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos penalmente protegidos.
- b. La responsabilidad penal individual se haya extinguido conforme a lo dispuesto en el art. 130. El indulto del responsable individual del delito no será aplicable a la persona jurídica.

2. La concurrencia en la persona natural de circunstancias que excluyan la responsabilidad penal previstas en el art. 20 del CP y en el art. 14, excluyen también la responsabilidad de la persona jurídica, salvo que ésta hubiera debido evitar su aparición.

3. La responsabilidad penal de la persona jurídica subsiste aun cuando no ha sido posible identificar al autor o autores del delito o falta.

Comentario

El art. 4 confirma la independencia y el diferente fundamento de la responsabilidad de empresa y la individual. La responsabilidad de las personas jurídicas tiene como finalidad, precisamente, asegurar un mayor grado de responsabilidad individual.

El art. 4.1 a) responde al que he denominado como problema de la culpabilidad, la inexistencia de responsables individuales como consecuencia, precisamente, de defectos de organización interna. Sin una previsión como ésta, el peligro de sobreexplotación del derecho penal individual, existente en la criminalidad de empresa no desaparecerá, pese a la instauración de un sistema de responsabilidad de personas jurídicas. Una previsión semejante se encuentra en el derecho suizo, e igualmente en el Reino Unido, en el "homicidio de la corporación".

En el número 4.3 se aborda el problema de la identificación que obedece a casos distintos, en los que pese a ser cierta la existencia de un responsable individual, no se logra identificar al culpable.

El apartado segundo 4.2 evidencia también la independencia de ambos tipos de responsabilidad. La regla es que en principio las causas de justificación, de exclusión de la culpabilidad o incluso el error impiden la responsabilidad de la persona jurídica. En determinados supuestos, sin embargo, esta regla debe exceptuarse (vgr. error de prohibición o inimputabilidad).

Art. 5: Responsabilidad conjunta y principio de ne bis in idem.

1. *Cuando la persona jurídica tenga menos de 250 trabajadores, si por la misma infracción ha sido sancionada una persona natural que posea una parte significativa del accionariado de la empresa, el juez o tribunal podrán renunciar a imponer cualquier medida a la persona jurídica o tener en cuenta la medida impuesta, en la medición de la pena del responsable individual.*

3. *La imposición de sanciones disciplinarias contra el autor o cómplice del delito por parte de la persona jurídica, se tendrá en cuenta, como circunstancia atenuante o a los efectos de lo dispuesto en las secciones 1ª y 2ª del Capítulo III del Libro I del Código penal, en el momento de la determinación de la pena de la persona natural.*

Comentario

El sistema propuesto, tal como se ha señalado, parte de la responsabilidad conjunta de persona física y jurídica. Pese a este punto de partida, los principios de proporcionalidad y *ne bis in idem* exigen en personas jurídicas medianas tener presente que con frecuencia el responsable individual es también la persona que va a sufrir, en buena medida, los daños colaterales de la sanción a la persona jurídica. Por ello se positiviza en apartado primero el *principio de cuenta*, que en el derecho sancionador administrativo comunitario ha sido también utilizado para solventar problemas de *bis in idem*.

El número de 250 trabajadores responde al concepto más usual de mediana empresa. Si esta previsión se pone en conexión con la del art. 2.3, trasluce que existe un régimen especial para medianas y pequeñas empresas. Estas últimas solo pueden verse afectadas por la sanción de supervisión, que carece de finalidad punitiva y que atiende a introducir mejoras en su funcionamiento. En las medianas empresas, el principio de

proporcionalidad exige tener presente en su conjunto la responsabilidad penal y la colectiva.

El tercer párrafo atiende a un problema de *bis in idem* de origen diferente. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas elegido incita a la utilización de sanciones disciplinarias contra las personas individuales responsables. Ello puede provocar en ocasiones un nivel excesivo de consecuencias punitivas. De ahí que se permita al juez tener en cuenta en la medición de la pena, la sanción que se ha impuesto por el sistema penal privado de la empresa. Una regulación más avanzada, y basada en el principio de oportunidad procesal, podría consistir en precindir del procesamiento de la persona física.

Art. 6: Medidas penales contra personas jurídicas

1. *La responsabilidad de la persona jurídica conforme a lo señalado en el art. 2 implica la imposición de alguna o algunas de estas medidas:*

Multa
Supervisión judicial
Interdicciones.
Publicación de la sentencia.
Reparación.

2. *Tras los informes que estime convenientes, el juez podrá imponer una o varias de estas medidas atendiendo a la gravedad del delito, el grado de participación en él de la personas jurídica a través de sus directivos, el historial delictivo de la persona jurídica, los beneficios obtenidos o perseguidos con la infracción, su tamaño y naturaleza, y el peligro derivado de su actividad*

3. *La imposición de estas medidas no debe afectar a las posibilidades de reparación del daño.*

Comentario

El juez tiene en la imposición de medidas contra personas jurídicas un margen de maniobra muy amplio. El fin de las medidas contra personas jurídicas es fundamentalmente de naturaleza preventivo especial, se trata de conseguir un mayor nivel de autoorganización, de compromiso de la

empresa en la prevención y evitación de hechos delictivos. Por ello, la consecución de este objetivo requiere dotar al juez de amplia gama de sanciones, a través de las cuales pueda dictar distintos tipos de sentencias: reparatorias, preventivas generales, rehabilitadoras o inculpativas. El diseño de las sanciones que a continuación se realiza permite esta mezcla, con el fin de realizar de imponer una sanción "a medida" de la persona jurídica sancionada y la gravedad del hecho.

Art. 7: Concurso de delitos.

Se impondrá una sola multa cuando, antes de la iniciación del proceso, se haya realizado la misma infracción u otra de naturaleza semejante, como consecuencia de la no implantación de un Código de prevención o su implantación deficiente. La multa se calculará a partir del delito más grave.

Comentario

La culpabilidad de empresa se ha definido como un defecto de organización permanente, por ello no tiene sentido imponer varias multas cuando diversos comportamientos delictivos son expresión de un mismo defecto de organización. Se trata de una lógica similar a la existente en las infracciones imprudentes, cuando como consecuencia de la infracción de una misma norma de cuidado se desprenden varios resultados.

Art. 8: Multa y determinación de la multa

1. La cuantía de la multa se fijará a través de una cantidad porcentual, fijada en relación a cada delito donde se establezca la responsabilidad de las personas jurídicas, relativa al volumen de negocios de la persona jurídica en el año en que realizó o finalizó la infracción. Si se tratara de entidades no lucrativas, esta cantidad tomará como referencia el patrimonio de la empresa.

1. Cuando el comportamiento de una persona jurídica sea determinado por otra, ésta cantidad porcentual tomará como referencia el volumen de negocios de la sociedad madre.

2. La cantidad porcentual, a la que se refiere el apartado anterior, se atenuará:

- 1º. Hasta una tercera parte si la persona jurídica cuenta con un Código de prevención que, aunque no se haya implementado eficazmente para excluir la responsabilidad, haya dificultado la realización de hechos delictivos similares al que se han cometido.*
 - 2º. Hasta una tercera parte si el autor o cómplice del delito es un superior jerárquico y la persona jurídica ha colaborado en la investigación aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, decisivas para establecer su responsabilidad. Esta atenuación sólo será de aplicación a las empresas de más de 250 trabajadores.*
 - 3º. Hasta una cuarta parte, cuando en supuestos distintos al anterior, la persona jurídica colabore en la investigación aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, decisivas para establecer la responsabilidad individual.*
- Las circunstancias previstas en los números 2º y 3º no pueden aplicarse cumulativamente.*
- 4ª. Hasta una tercera parte si la persona jurídica, en la medida de sus posibilidades, ha reparado con prontitud el daño ocasionado, eliminando las consecuencias dañosas o peligrosas.*
 - 5º. Hasta una tercera parte si la persona jurídica ha implementado antes de la apertura del juicio oral un Código de prevención eficaz.*
 - 6º. La concurrencia de distintas circunstancias atenuantes no podrá suponer una cantidad inferior a una octava parte de la multa base.*

3. La cantidad porcentual, a la que se refiere el apartado primero, se agravará:

- 1º. Hasta un tercio cuando un superior jerárquico haya sido autor, cómplice del delito, lo haya tolerado, ignorado conscientemente su realización o infringido sus deberes de control. Esta agravación no resulta de aplicación si se aplica la atenuación prevista en el art. 8.2.2º o si la empresa tiene menos de 250 trabajadores.*
 - 2º. Hasta un tercio si, en el caso de que la infracción constituya un delito grave, existe reincidencia o, en el resto de casos, cuando la persona jurídica haya realizado por tercera vez la infracción.*
 - 3º. Hasta un cuarto si la persona jurídica de forma activa ha obstruido la investigación.*
- 4. Si se produjeran conjuntamente circunstancias atenuantes y agravantes, se valorarán y compensarán racionalmente para la determinación*

de la multa.

5. En aquellos casos en que la multa ponga en peligro la solvencia de la persona jurídica, la estabilidad de los puestos de trabajo o la reparación del daño, una vez oído a su representante legal, a los representantes de los trabajadores y al Ministerio Fiscal, el juez podrá:

- 1º. Fraccionar su pago durante un periodo de hasta 5 años. La persona jurídica deberá permitir que un experto nombrado por el juez verifique su capacidad de pago, pudiendo para ello acceder a cuanta documentación estime necesario.
- 2º. En el caso de sociedades cotizadas, atendiendo a razones de prevención general, ordenar a la persona jurídica que transfiera al Ministerio de Economía y Hacienda un número de nuevas acciones por un valor equivalente a la multa final. Las nuevas acciones se crearán reduciendo proporcionalmente el valor de las antiguas. Los beneficios obtenidos mediante la administración del fondo se destinarán a la reparación del daño ocasionado por el delito.

Comentario

La multa es la sanción principal del derecho penal de las personas jurídicas. Los costes de ejecución de la medida de supervisión, la severidad y los daños colaterales de otras sanciones como las interdictivas o las limitaciones a las que está sujeta la publicidad en lo concerniente a su eficacia hacen de la multa la herramienta más sencilla para forzar a la empresa a la autorregulación.

No es fácil adaptar la multa a la gravedad de la infracción y a la capacidad de pago de la empresa. Por ello el sistema pivota sobre dos elementos: el volumen de negocios o patrimonio de la empresa, que atiende a su capacidad de pago, y una "cantidad porcentual" que atiende a la gravedad del delito cometido. De este modo, se pretende que la multa tenga una severidad similar e igualitaria, de forma similar a lo que ocurre con el sistema de días multa. Otros criterios de determinación de la multa como las ganancias obtenidas o el daño ocasionado, tienen su reflejo en la aplicación del comiso o en la reparación, por lo que no resulta conveniente incluirlas como parámetro en la multa.

Las agravantes y atenuantes tienen una importancia considerablemente mayor en el derecho penal de las personas jurídicas que en el individual, pues constituyen la herramienta principal para encuzar el comportamiento del grupo. Por eso es preciso otorgar al juez un mayor margen de apreciación, y permitir además que su repercusión en la medición de la medida penal tenga mayores consecuencias.

Tanto en las atenuantes como en las agravantes juega un gran papel los indicadores de la culpabilidad reactiva. De hecho, los Códigos de prevención, pese a su nombre, comprenden, al lado de las medidas tendentes a impedir la comisión de hechos delictivos, las que se refieren a su descubrimiento.

La otra gran variable en la determinación de la multa es el nivel jerárquico del infractor que indica generalmente un mayor nivel de culpabilidad de empresa. Los controles deben ser más estrictos para impedir los comportamientos delictivos de la cúspide, y por otro lado, cuando los altos directivos están implicados en la comisión de hechos delictivos cabe albergar dudas acerca de la eficacia de los modelos de organización.

Un aspecto complicado de la cooperación es el *reverse whistleblowing*. Este efecto perverso se trata de limitar incentivando, en empresas de más de 250 trabajadores, mucho más la colaboración destinada a poner de manifiesto la participación de un superior jerárquico (8.2.2º y 8.3.1º), que la colaboración simple (8.2.3º).

El apartado 4 está destinado a evitar al máximo los daños colaterales, por eso adopta la propuesta de multa equitativa y la posibilidad de fraccionamiento del pago. En este caso se prevé que la persona jurídica tenga que someterse a una suerte de intervención con el fin de acertar cuál es exactamente su capacidad de pago.

Art. 9: Supervisión.

1. La supervisión tiene como finalidad la prevención de nuevos delitos, para ello el supervisor colaborará con los responsables de la persona jurídica en el establecimiento de un Código de prevención o supervisará su implantación. La supervisión sólo se impondrá cuando exista riesgo de reiteración delictiva; la reincidencia y la implicación de

superiores jerárquicos en el delito deben tenerse en cuenta para apreciar este riesgo.

2. El juez determinará exactamente el contenido de la supervisión que se referirá en exclusiva a los fines antes mencionados, sin que deba inmiscuirse en otros ámbitos de la dirección de la persona jurídica.

La supervisión podrá afectar a la totalidad de la persona jurídica o limitarse a alguna de sus instalaciones o unidades de negocio.

3. El supervisor tendrá acceso a todas las instalaciones y locales de la empresa y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones.

4. Si el juez decretó la medida de supervisión, sin imponer multa alguna, la obstrucción de la actividad del supervisor podrá dar lugar a la imposición de la misma. Si la supervisión fue impuesta conjuntamente con la multa, la obstrucción podrá dar lugar al aumento de hasta un tercio de la multa impuesta.

5. La duración máxima de la supervisión será de cuatro años. En los casos de obstrucción, el juez podrá también ampliar el plazo de supervisión inicialmente previsto sin que pueda superar el plazo anteriormente fijado.

5. El supervisor está obligado a guardar secreto. La infracción de esta obligación será castigada conforme a lo señalado en los arts. 198, 199, 200 y 279 del CP.

6. Reglamentariamente se determinará la retribución, cualificación de aquellos que realicen labores de intervención, así como otros aspectos relacionados con el ejercicio de su función.

Comentario

La figura del supervisor tiene una morfología variable dependiendo de las necesidades y los objetivos de la intervención. La propuesta parte de este carácter necesariamente abierto y flexible. De este modo, según los casos, el supervisor podrá ser simplemente una suerte de observador o, desempeñando un papel más activo, quien, en estrecha colaboración

con los responsables de la persona jurídica, revise, apruebe o diseñe un nuevo Código de prevención.

En el derecho comparado la supervisión también puede servir a la ejecución de la pena de multa o a asegurar la reparación. En la propuesta estos supuestos de supervisión impropia se regulan de forma independiente en relación a cada una de estas medidas (vid. art. 8.5.1º; art. 12.3).

Art. 10: Medidas interdictivas

1. Las siguientes medidas interdictivas tienen exclusivamente como finalidad la prevención de nuevos delitos:

- 1º. Clausura de los locales o establecimientos de la empresa.
- 2º. Suspensión de todo o parte de la actividad de la persona jurídica relacionada con el delito en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
- 3º. Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

2. El plazo máximo de duración de las medidas interdictivas es de dos años. Las medidas interdictivas sólo se impondrá cuando exista riesgo de reiteración delictiva y especialmente en lo que concierne a las medidas de clausura y suspensión cuando este riesgo afecte al medio ambiente o a la salud y la vida de las personas; la reincidencia y la implicación de superiores jerárquicos en el delito deben tenerse en cuenta para apreciar este riesgo. El tipo de medida y su duración deben ser en cualquier caso proporcionados a la gravedad de la infracción realizada.

3. La interdicción de obtener subvenciones y ayudas públicas o contratar con la administración, no atiende en exclusiva a impedir la reiteración delictiva. El juez podrá imponerla cuando se haya previsto expresamente como medida penal.

Comentario

Las sanciones interdictivas tienen finalidad innocuizadora. Se imponen exclusivamente a aquellas personas jurídicas que no pueden continuar su actividad sin poner en peligro bienes jurídicos, por el tiempo

indispensable. En estas circunstancias normalmente la imposición de sanciones interdictivas requerirá también cierto grado de supervisión, por lo que debe ser frecuente la imposición conjunta de ambas sanciones.

La interdicción de contratar con la administración o de obtener subvenciones o ayudas tiene carácter preventivo general, de forma similar a la pena de multa. No obstante, en su imposición pueden también tener cierta importancia fines inocuidadores, como impedir que empresas poco fiables puedan perjudicar a la administración pública. Es además necesario que el legislador la prevea expresamente en relación al delito realizado por la empresa.

Art. 11: Publicación y puesta en conocimiento de las víctimas.

1. *La publicación obliga a la persona jurídica a informar acerca de su responsabilidad por el delito cometido. El juez determinará el contenido de la comunicación y la forma de hacerse pública.*
2. *Cuando existan una pluralidad de víctimas sin identificar, la publicación necesariamente debe atender a que estas conozcan su derecho a ser indemnizadas.*
3. *Si, parcial o totalmente, la identidad de las víctimas es conocida la publicación consistirá también en informarles directamente sobre sus derechos.*
4. *La publicación podrá realizarse una o varias veces durante un plazo no superior a seis meses tras la condena. En el mismo plazo de tiempo la persona jurídica debe ponerse en contacto con las víctimas a que se refiere el número tercero.*
5. *La persona jurídica asumirá los costes de la publicación y de la puesta en conocimiento de las víctimas.*

Comentario

El presente precepto se hace eco de las dos modalidades existentes de la publicación. La prevista en el párrafo primero tiene una finalidad preventivo general, de pena difamante, que aplicada a las corporaciones tiene efectos similares a la multa. La contemplada en los números 2 y 3,

en consonancia con el derecho norteamericano, atiende a permitir una mejor reparación. La libertad de configuración que se otorga al juez permite por ejemplo anudar esta medida a la realización de investigaciones internas y su publicación. Cuando la publicación tiene efecto preventivo general puede ponerse en lugar de la multa.

Art. 12: Reparación

1. *La medida de reparación comprende la responsabilidad civil conforme a lo establecido en el art. 110 del CP. En aquellos casos, en que se establezca la responsabilidad penal de las personas jurídica conforme a lo indicado en el art. 2, ésta será responsable civil directa.*
2. *El juez o magistrado que conozca del caso, oído el Ministerio Fiscal y a las víctimas, puede autorizar que sea la propia persona jurídica la que por sus propios medios realice la reparación.*

En este caso, el juez, por sí mismo o a través de un experto nombrado por él, supervisará la realización de los trabajos de reparación. Si estos no se realizan de forma satisfactoria, el juez ordenará el pago de la responsabilidad civil conforme al régimen ordinario.

3. *Si la persona jurídica no tiene medios suficientes para hacer frente al pago de la responsabilidad civil tras la sentencia o si el pago pone en peligro su continuidad y la estabilidad en el empleo, el juez de acuerdo con la empresa deberá establecer un programa de pagos periódicos. La persona jurídica deberá permitir que un experto nombrado por el juez verifique su capacidad de pago, pudiendo para ello acceder a cuanta documentación que estime necesario.*
4. *Si el delito no ha generado daños cuantificables o estos son de muy escasa cuantía en comparación con la gravedad del delito, el juez podrá imponer una medida de reparación simbólica que guarde relación con la infracción cometida. Su coste material no podrá ser mayor que la mitad de la multa y en cualquier caso será proporcionado a la gravedad del delito.*

Comentario

La reparación representa un concepto más amplio que el de

responsabilidad civil. Tanto en el derecho comparado, como en el propio derecho penal individual se ha abierto esta posibilidad, de utilizarla como una sanción alternativa. Esta característica explica el apartado 12.4, donde se contempla una reparación simbólica, muy útil en infracciones de peligro, donde el daño no existe o no asociado a la noción de reparación clásica.

Tanto en este supuesto, como en el previsto en el apartado 2, la reparación comprende los trabajos en beneficio de la comunidad, que por sus dificultades de ejecución no se han prevista como medida autónoma.

Art. 13: Definiciones

1. *A los efectos de la presente ley se entiende por persona jurídica cualquier ente o asociación a la que el ordenamiento jurídico le reconoce personalidad jurídica independiente.*
2. *Existe reincidencia cuando la persona jurídica haya sido condenada por el mismo delito o infracción administrativa o por un ilícito de naturaleza similar durante los cinco años anteriores a su comisión.*
3. *Por superior jerárquico se entiende toda persona que desempeñe en la persona jurídica funciones de control o dirección, de hecho o derecho, con un grado de discrecionalidad relevante. También se considera superior jerárquico quien realice estas funciones en una unidad organizativa dotada de autonomía financiera y funcional.*

Comentario

De este precepto conviene sobre todo explicar el concepto de reincidencia. En el derecho español, como es conocido, existe una notable afinidad entre las infracciones situadas en el Código penal y otras ubicadas en la legislación administrativa. No tener en cuenta a la hora de medir la "peligrosidad" de la empresa, donde, por ejemplo, ha muerto un trabajador, que previamente fue sancionada repetidas veces por la administración es cerrar los ojos a la estructura de nuestro ordenamiento y además resulta incoherente con el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica. No puede negarse que la comisión de infracciones administrativas sirve para poner de manifiesto la gravedad del defecto de organización.

El concepto de superior jerárquico coincide en líneas generales

con el que de las distintas decisiones marco europeas, donde se contempla la responsabilidad de las personas jurídicas. Al igual que ocurre en el derecho italiano y austriaco, se acogen también los supuestos de "superior jerárquico de hecho", que se corresponden con el concepto de administrador de hecho de nuestro ordenamiento. Del ordenamiento norteamericano, se toma la idea de "unidad organizativa" que se corresponde además con la realidad organizativa de las grandes empresas. Este concepto tiene además un gran significado político criminal. En las grandes empresas es excepcional el que pudiera establecerse la responsabilidad en alguno de los superiores jerárquicos. La agravación que atiende a la implicación de los superiores jerárquicos, pese a que sido corregida con el fin de no perjudicar a las pequeñas empresas, acabaría perjudicando desproporcionadamente a las medianas, pero sería prácticamente inservible en relación a las grandes empresas de carácter transnacional.

Art. 14: Alteraciones de la persona jurídica.

1. *En el caso de transformación, fusión, absorción o escisión de la persona jurídica, persiste la responsabilidad por los delitos anteriores al momento de la transformación, en el ente o entes resultantes.*
2. *Si la medida es la multa, en los casos de transformación la persona jurídica resultante responderá por el total de la cuantía. En el caso de escisión los entes resultantes son responsables solidariamente del pago de la multa.*
3. *En los casos de disolución o liquidación la multa se transmitirá a los socios y partícipes en el capital que responderán solidariamente y hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiera asignado.*
4. *Si se trata de cualquier otra medida el juez valorará atendiendo a las finalidades que en cada caso se persiguen su conveniencia. Para adoptar esta decisión debe atender sobre todo a la continuidad substancial de los medios materiales y humanos y en la actividad desarrollada.*
5. *En los casos de transformación, fusión, absorción o escisión el juez podrá apreciar la existencia de reincidencia en las personas jurídicas resultantes por condenas anteriores a los entes anteriores atendiendo*

a la continuidad substancial de los medios materiales y humanos y en la actividad desarrollada.

Comentario

Aunque se ha acogido un concepto formal de persona jurídica (art. 14), se adopta una visión fáctica para resolver los casos de transformación en la entidad, tal como se hace en el derecho sancionador comunitario. La regulación propuesta es tributaria del D. Lgs. Italiano de 8 de junio de 2001, donde los art. 28 ss regulan detalladamente estos supuestos.

Nota bibliografía: La bibliografía relativa a la responsabilidad de las personas jurídicas es literalmente inabarcable, de ahí que me permito recomendar al lector aquellos trabajos que me han sido de singular utilidad en la confección de éste artículo y de mi monografía. De las obras publicadas en castellano en los últimos años deben destacarse la monografía del Prof. Baigún, Baigún, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires, 2000; S. Bacigalupo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998; Feijoo Sánchez, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Civitas, Madrid, 2002; Gómez Jara, *La culpabilidad en el derecho penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005; Zugaldía Espinar, *La responsabilidad penal de empresas fundaciones y asociaciones en el Derecho penal español y en la reforma penal. Presupuestos sustantivos y procesales*, Tirant lo Blanch (en prensa). En la literatura alemana, son de particular interés los trabajos de Heine, especialmente *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Nomos, Baden Baden, 1995.

La forma de abordar la responsabilidad de las personas jurídicas que se adopta en este trabajo es en gran medida tributaria de la discusión existente en los EEUU, un análisis crítico puede verse en William Laufer, *Corporate Bodies and Guilty Minds. The Failure of Corporate Criminal Liability*, The University of Chicago Press, 2006. El *hardware* del sistema norteamericano deriva, en gran medida de trabajos como el de John Bratwithe y Fisse, *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge University Press, 1993 o Braithwaite, *Enforced Self-Regulation: A New Strategy For Corporate Crime Control*, Michigan Law Review, 1981. Quien tenga interés en conocer minuciosamente el sistema penal estadounidense debe consultar la monumental obra de Richard Gruner, Gruner, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, Law Journal Press, 2005 o, en castellano, Gómez Jara, *La responsabilidad penal de la empresa en los EEUU*,

Editorial Ramón Areces, 2005. Un excelente libro para el estudio del derecho comparado es el de Cristina De Maglie, De Maglie, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale della società*, Giuffrè Editore, 2002. El libro coordinado por Gómez Jara, *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, Propuestas Globales Contemporáneas*, Aranzadi, The Global Law Collection, 2006, con contribuciones de Heine, Laufer y el propio Gómez Jara es muy útil para acercarnos a las últimas propuestas dentro del debate doctrinal.

El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas que se propone en el texto engarza como habrá podido comprobarse con el debate sobre la autorregulación que ha irrumpido como nueva forma de control público en el derecho administrativo, en este punto son de lectura obligada Darnaculleta i Gardella, *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005 y Esteve Pardo, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002. Finalmente debo indicar que el presente estudio tiene su origen en el programa de investigación que diseñe en Nieto Martín, *El programa político criminal del corporate governance (Derecho penal de la empresa y gobierno corporativo)*, en Baigún/García Rivas, *Delincuencia económica y corrupción*. Ediar. Buenos Aires. 2006. En mi trabajo *¿Americanización o europeización del derecho penal económico?*. Revista Penal. Vol. 19. Enero 2007 explico las causas de la americanización del derecho penal, bien patentes en lo tocante a la responsabilidad de las personas jurídicas.

7. PRUEBA CIENTÍFICA Y DECISIÓN JUDICIAL (UNAS ANOTACIONES PROPEDÉUTICAS) (1)

JUAN IGARTUA SALAVERRÍA

Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad del País Vasco

SUMARIO

1. Un malentendido inicial. 1. La ciencia que ingresa en el proceso. 2. La credibilidad de los expertos. 3. Algunas falacias a evitar.

Se trata de censar y censurar, en una pequeña miscelánea, algunas prácticas erróneas en la valoración judicial de las «pruebas científicas», tan diversas como la asimilación del experto al testigo, el desinterés por el conocimiento científico, la dejación de responsabilidades en manos de los expertos y algunos usos indebidos del concepto de «causa».

Con este haz de observaciones, muy limitadas de proporciones y de pretensiones, persigo no obstante sumar una aportación mínimamente útil al esfuerzo que, tanto en el ámbito académico² como en el judicial³, se viene realizando en los últimos tiempos al objeto de sacudirnos de encima la cómoda indolencia en la que nos ha sumido una prevalente línea jurisprudencial, consistente en valorar el resultado científico --como subraya un sagaz y concienzudo magistrado-- «mediante la aplicación de fórmulas generales (sana crítica, libre convencimiento, prudente arbitrio) y, en el mejor de los casos, de cánones singulares (racionalidad conclusiva, cualificación del perito, claridad expositiva, ausencia de contradicciones

1. Resumen de un texto escrito en el marco del Proyecto I+D SEJ 2004-01947 («Responsabilidad por daños: modelos de sujeto y estándares de enjuiciamiento»).

2. El último trabajo que conozco corresponde a GASCÓN ABELLÁN, M., «Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2007, núm. 15.

3. Sirvan de ejemplo (a imitar, no sólo como muestra) ZUBIRI DE SALINAS, F., «¿Qué es la sana crítica? La valoración judicial del dictamen del experto», *Jueces para la Democracia*, 2004, núm. 50; y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?», *Jueces para la Democracia*, 2005, núm. 54.

internas o externas) que nada tienen que ver con las condiciones exigidas por el método científico para que una conclusión o hipótesis pueda ser tenida como aproximativamente fiable o segura»⁴. Y esa carencia de rigor está en abierto contraste con la importancia de los intereses prácticos (que responden, para empezar, a bienes primarios de la persona --la vida, la salud, el medioambiente, etc.-- , y a otros que también son neurálgicos) para cuya satisfacción tan decisivo es el riguroso uso del variado utillaje (nociones, teorías, métodos, técnicas) al que nos solemos referir con la genérica denominación de «prueba científica» [que, en rigor, se usa para designar bien un *elemento de prueba* --p. ej. análisis genéticos para probar la paternidad-- o bien una *inferencia* que relaciona un elemento de prueba con el hecho a probar⁵].

Ahora bien, dado el carácter básico del presente escrito, forzosamente habré de renunciar a marcar una serie de peculiaridades específicas que --p. ej. en lo tocante al acceso del conocimiento científico al proceso-- distinguen al proceso civil del proceso penal o, ya dentro de éste último, la fase de investigación de la fase plenaria⁶; facetas éstas y otras que se modulan distintamente por las leyes procesales de cada país. Interesa aquí, más bien, poner el acento sobre rasgos de común denominador, aunque soy consciente de que lo que vaya a decir no valdrá indistintamente ni por igual respecto de todo; lo que, sin embargo, tampoco obsta a que determinadas directrices ideadas para un propósito (p. ej. para la *admisibilidad* de las «pruebas científicas» en el sistema de *common law* --como sucedía con el caso *Daubert*--)⁷ sean de rentable aplicación para otro cometido distinto (el de la *valoración* de las susodichas pruebas en los sistemas de *civil law*)⁸. En fin, como confío en el discernimiento (y, sobre todo, en la benevolencia) de quien me lea, me permito el ahorro de más puntualizaciones.

4. HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Conocimiento científico...», pág. 73.

5. LOMBARDO, L., «Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile», *Rivista di diritto processuale*, 2002, núm. 4, págs. 1090 y 1098-1099.

6. Sobre ambos asuntos, y en lo que respecta al ordenamiento español, la persona interesada encontrará atinados análisis en el ya citado HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Conocimiento científico...», págs. 76-80.

7. La atención de las *Federal Rules of Evidence* (núms. 702-706) referidas al *expert testimony*, aprobadas en 1975 y enmendadas en el 2000, se centra casi exclusivamente en la primera fase del procedimiento probatorio (la de la admisibilidad de la *scientific evidence*) con la manifiesta intención de esterilizar el riesgo que las características del estilo *adversary* puedan contaminarse con operaciones técnico-científicas incomprensibles, confusas, no verificables, sugestivas y prejuiciosas para el correcto examen por parte del jurado, a quien está atribuido el efectivo papel de *trier of fact* (CANZIO, G., «Prova scientifica, ricerca della "verità" e decisione giudiziaria nel processo penale», en VV. AA., *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Milán, 2005, págs. 3-4. Véase igualmente DAMASKA, M. R., *Evidence Law Adrift*, New Haven-Londres, 1997, págs. 41-46.

8. CANZIO, G., «Prova scientifica...», pág. 9. También ANSANELLI, V., «Problemi di corretta utilizzazione della

I. UN MALENTENDIDO INICIAL

Por lo común, la introducción de los conocimientos científicos en el proceso se efectúa a través de las declaraciones prestadas por expertos y peritos (bien contratados por las partes o nombrados por el juez); y eso suele inducir a que tales declaraciones sean valoradas por el juez de conformidad con los consuetos y tradicionales esquemas utilizados en la valoración de las declaraciones de los testigos corrientes o de los propios imputados⁹; a lo que, encima, se acostumbra adionar la invocación del principio de «inmediación» para así restringir (si no impedir) el control sobre la valoración de la prueba pericial tanto en la segunda instancia (cuando no hay repetición de prueba) como en la casación¹⁰.

Es de universal aceptación que, cuando de pruebas declarativas (es decir: consistentes en declaraciones) se trata, la valoración de las mismas presenta dos facetas: la acreditación (o desacreditación) del *declarante* y la acreditación (o desacreditación) de la *declaración*. Sin embargo, en la valoración de un testimonio normal y corriente acostumbra a contar más lo primero que lo segundo, dándose primacía a la *sinceridad* de la fuente de prueba (a la correspondencia entre lo que *piensa* y *dice* el declarante) sobre la *veracidad* (la adecuación entre lo que se *dice* y la *realidad*); y, respecto de lo segundo --en esa misma línea-- se otorga importancia tanto al componente *verbal* como al *prosódico* o no-verbal (expresividad, gestualidad, tono, actitud, etc.) que acompaña a la declaración.

Esto no es trasladable a la valoración de un informe o de un dictamen realizado por un perito o por un experto. Ello supondría olvidar

«prova scientifica», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, núm. 4, pág. 1350.

9. Sirva como ilustración famosa la decisión del juez Marvin Shoob, en el caso *Wells v. Ortho Pharmaceutical Corporation* (referida en JASSANOFF, S., *Science at the bar: law, science, and technology in America*, Boston, 1995, pero que yo la tomo de HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Conocimiento científico...», pág. 73 nota 2), sobre una reclamación de más de cinco millones de dólares porque un espermicida fabricado por la citada empresa farmacéutica había causado graves malformaciones a la hija de la señora Wells. El juez, que concedió la indemnización demandada, valoró positivamente el dictamen del doctor Buehler (contratado por Wells) porque su exposición fue detallada, porque mantuvo el mismo parecer a lo largo de su declaración y porque su conducta como testigo fue excelente (dando una respuesta equilibrada a todas las preguntas, traduciendo los términos y los resultados científicos a un lenguaje comprensible y sin dar muestras de prejuicio o de querer favorecer a alguna parte). El juez, en cambio, no concedió crédito a un importante experto de la corporación farmacéutica porque hubo diferencia entre la aparente firmeza mostrada cuando fue interrogado por el abogado de la empresa y el tono más incierto de sus respuestas a las preguntas de la parte contraria, porque se mostró desconsiderado con los abogados de la demandante y porque expresó sus conclusiones en términos absolutos. Podrá apreciarse que en el entero razonamiento del juez no hay atisbo de valoración ni sobre la pertinencia y corrección de las técnicas empleadas por los dos expertos ni sobre la científicidad de sus respectivas y contrarias conclusiones.

10. Como es doctrina del TS español, cuyo principal formulador y defensor es el catedrático y magistrado del mencionado Tribunal BACIGALUPO ZAPATER, E., «Presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y recurso de casación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, II, págs. 374-376. Del mismo, cfr. También «La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal. Reflexiones sobre un decenio de aplicación del art. 24.2 CE», *Estudios de Jurisprudencia*, 1992, núm. 1, págs. 52-53.

que la credibilidad personal del perito no equivale a su credibilidad en el plano científico (la cual se establece con independencia de la calidad personal del declarante y, en principio, sólo en base a si su informe concuerda con el conjunto de conocimientos que tiene por acreditados el colectivo de los especialistas). Por tanto, lo relevante en la valoración de lo que declara el perito o el experto no es el gesto, la rotundidad o la expresión facial del declarante sino la corrección de sus conclusiones¹¹, la cual tampoco puede fundarse —como en cambio acontece en la valoración del testimonio— en la genuinidad y atendibilidad del recuerdo sino sobre la confutabilidad de la declaración en términos rigurosamente científicos¹² (lo cual explica la previsión legal de que el juez pueda auxiliarse de un perito de oficio, cosa que no ocurre cuando de la valoración de un testimonio se trata).

El olvido de característica tan idiosincrásica explica que, de ordinario, no afloran cuestiones tan pertinentes como estas tres¹³: ¿qué conocimientos —presuntamente científicos— están de verdad dotados de validez científica? ¿cómo atribuir fiabilidad a las opiniones que expresan los expertos en el proceso? ¿qué criterios básicos ha de adoptar el juez en la valoración de las pruebas que involucran conocimientos científicos? Son preguntas que nos brindan la oportunidad de encaramos con un segundo y desatendido problema.

1. La ciencia que ingresa en el proceso

En realidad, la ciencia (o lo que, en cada época, se entendía por «ciencia») siempre ha estado presente en el proceso. No obstante, esa presencia se acrecienta en la actualidad al menos por dos factores¹⁴. Por un lado, muchos ámbitos en los que, en el pasado, se enseñoreaba el sentido común hoy han entrado en el dominio del conocimiento científico [o, también, conocimientos originariamente científicos que se han integrado en la cultura del hombre medio han sido desbancados por el progreso de las ciencias¹⁵]. Por otro, la incursión de las ciencias y de la tecnología en la vida cotidiana ha propiciado el surgimiento de problemas jurídicos directamente conectados con el uso de la ciencia y de su correspondiente

11. ZUBIRI DE SALINAS, F., «¿Qué es la sana crítica?», pág. 60.

12. GIANNITI, P., *La valutazione della prova penale*, Turin, 2005, pág. 203. Para más diferencias entre la declaración del experto y la declaración de un testigo cfr. LOMBARDO, L., «Prova scientifica...», págs. 1101-1103.

13. HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Conocimiento científico...», pág. 73.

14. TARUFFO, M., «Conocimiento científico y estándares de prueba judicial», *Jueces para la Democracia*, 2005, núm. 52, págs. 63-64.

15. LOMBARDO, L., «Prova scientifica...», pág. 1092.

arreo (métodos, técnicas, test, aparataje, etc.) que implican lógicamente cuestionamientos específicos.

Esto hace insostenible, hoy más que nunca, el tradicional distanciamiento entre «ciencia» y «proceso» [como si de *dos culturas* se tratara¹⁶], así como la obsoleta visión de la ciencia que —alentada por esa distancia— ha prosperado entre los jueces; la cual se traduce, primero, en una visión *parcial* (desconociendo que nuevas áreas del saber han adquirido el estatuto de «ciencia»¹⁷, no sólo las antañonas ciencias duras) y, después, en una visión *idealizada* de aquélla [la ciencia como símbolo de la certeza y verdad absolutas¹⁸].

A) Respecto de lo uno, como la ciencia se expande a expensas del sentido común, la ignorancia respecto de informaciones técnico-científicas contribuye a que los jueces desconozcan que hechos relevantes en un juicio sólo pueden ser probados recurriendo a conocimientos o métodos científicos y se obstinan en fundar su convencimiento sobre otro material probatorio distinto (p. ej. orillando las pruebas genéticas para verificar la paternidad con el pretexto de que a ese mismo resultado cabe llegar empleando otros procedimientos). Y, de rebote, se extiende lo más posible el área de una incontrolada valoración discrecional del juez [que funciona como *cobertura ideológica* para legitimar comportamientos elusivos de obligaciones judiciales¹⁹], infravalorando así la contribución de elementos de prueba dotados de un fuerte y a veces hasta decisivo valor probatorio²⁰.

B) Concerniente a lo otro, el desinterés y la desinformación acerca del valor y de la corrección de metodologías para la obtención de resultados científicos alienta la tendencia de los jueces a utilizar acríticamente los susodichos conocimientos bajo la presunción de que la titulación académica del experto (y su consiguiente inscripción en el colegio oficial del ramo) constituye una garantía de competencia, por lo que el juez renuncia a verificar el grado de atendibilidad probatoria de los elementos suministrados

16. Según oportuna observación de HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Conocimiento científico...», pág. 73.

17. Como los exámenes psicológicos, las informaciones deducibles de estudios epidemiológicos, de experimentos sobre animales, de cálculos estadísticos y bioestadísticas, la reconstrucción de la dinámica de un evento mediante la computadora, el método espectrográfico de reconocimiento vocal, la estilometría como identificación cualitativa del estilo literario de una persona para atribuirle la autoría de un escrito, etcétera (CANZIO, G., «Prova scientifica...», pág. 2).

18. Lo cual canoniza la creencia de que las decisiones probatorias basadas en pruebas científicas han de asumirse como incuestionables e irrefutables; y, de paso, se descarga al juez del esfuerzo por fundar racionalmente la decisión, bastando alegar que hubo prueba científica y que ésta sufragaba la decisión probatoria final (GASCÓN ABELLÁN, M., «Validez y valor de las pruebas científicas...», pág. 2).

19. HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Conocimiento científico...», págs. 76-78.

20. ANSANELLI, V., «Problemi di corretta utilizzazione...», págs. 1336-1339.

por aquél en orden a la resolución de la controversia²¹.

Al socaire del desentendimiento de los jueces por el conocimiento científico y la consiguiente mitificación de éste, la prueba científica se ha convertido (sobre todo en los Estados Unidos) en un lucrativo negocio para laboratorios y expertos, quienes se anuncian en la prensa ofreciendo sus servicios a cambio de elevadas retribuciones. De esa manera, se ha creado un mercado de la prueba científica en el que no es fácil distinguir los informes dotados de validez científica y la *junk science* ofrecida por charlatanes y pseudoexpertos.

Precisamente en la jurisprudencia estadounidense (y que, en esta materia, se toma como guía en Europa) se inició un intento por introducir la racionalidad entre tanta confusión²². En una primera etapa, se tomó como criterio la *cualificación* profesional del experto (cuanto más alta fuera ésta, más atendible sería su declaración), sin caer en la cuenta de que, normalmente, el experto declara a favor de quien le paga. En un segundo momento, se optó por la *general acceptance* (prefiriéndose las declaraciones basadas en teorías o métodos que fueran más aceptados entre los científicos de la especialidad), pero que fue criticada por su carácter conservador (ya que puede haber teorías y técnicas científicas que no gozan de aceptación general porque son nuevas y todavía no han sido suficientemente difundidas). Finalmente, setenta años después --en 1993 (*Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.*)--, la Corte Suprema, al examinar una demanda por daños causados a un neonato porque su madre ingirió durante la gestación un determinado fármaco, establece un criterio compuesto por dos premisas generales y cuatro requisitos. Las premisas son: a) en la ciencia no hay certezas y los científicos buscan nuevas teorías (siempre provisionales) para explicar del mejor modo posible los fenómenos observados; b) la validez científica para un determinado objetivo no implica necesariamente validez para otros objetivos relacionados con el primero. De su lado, los cuatro requisitos son del tenor siguiente: a) la controlabilidad y la falsabilidad de la teoría sobre la que se funda la prueba; b) la determinación del porcentaje de error que tiene la técnica empleada; c) la existencia de un control ejercido por otros expertos a través de la *peer review*; d) la existencia de un consenso general en torno a la validez de la teoría y/o técnica entre los científicos del gremio.

21. ANSANELLI, V., «Problemi di corretta utilizzazione...», págs. 1340-1341.

22. Cf. TARUFFO, M., «Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1996, núm. 1, págs. 232-238.

Lo más sustancioso de la «doctrina Daubert»²³ reside, en mi opinión, en la premisa b) y en los requisitos a) y b) respectivamente. Merecen, por tanto, una pequeña glosa.

Decía la premisa señalada que la validez científica de una teoría para un objetivo determinado no supone su validez para otros objetivos. Por ejemplo, es verdad que la física mecánica de Newton recibió un duro golpe de teorías posteriores (como la mecánica cuántica y la teoría de la relatividad), las cuales valen para describir el comportamiento del mundo físico en escalas de magnitud y de velocidad en las que no sirve la mecánica de Newton. No obstante, las leyes de Newton funcionan todavía hoy excepcionalmente bien para el mundo común y son extraordinariamente útiles para casi todas las tareas de la ingeniería, de manera que nadie usaría hoy la mecánica cuántica para diseñar un puente²⁴.

Ahora bien, la idoneidad de una teoría para un determinado fin pasa por el cumplimiento del requisito a); es decir, que la teoría sea controlable y resista a las pruebas de falsación. Es posible que la Corte Suprema de los EEUU tuviera presente algunos procesos que acabaron con sentencias de condena, fundadas bien en hipótesis escasamente confirmadas o bien en hipótesis bastante confirmadas pero no sometidas a intentos de falsación²⁵. Y, a ese respecto, la «doctrina Daubert» nos recuerda (nombrando a *Hempel*) que las afirmaciones que constituyen una explicación científica deben ser verificadas empíricamente, así como que (citando nominalmente a *Popper* esta vez) el criterio del estatus científico de una teoría estriba en su falsificabilidad o confutabilidad.

El requisito b) establecido por la Corte norteamericana apunta la necesidad de fijar la tasa de error (conocida o potencial) de la técnica empleada. Como ninguna técnica es perfecta, por eso deben ofrecerse informaciones acerca de su tasa de error. Una técnica con una tasa de error desconocida es, probablemente, una técnica que no ha sido comprobada adecuadamente y, por ello, el informe que se base en ella no merece atendibilidad, pese a la tendencia general entre expertos de subestimar sus propios errores y no calcular los errores potenciales.

23. De la que puede encontrarse una exposición más completa en BASSATT TORRES, N., *La «duda razonable» en la prueba penal (con especial referencia a Puerto Rico)*, Bilbao, 2007, págs. 184-189.

24. STELLA, F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milán, 2002, págs. 341-343.

25. Hay una pequeña relación de ese tipo de sentencias en STELLA, F., *Giustizia e modernità...*, pág. 338.

Los criterios citados podrán ser compartidos o criticados²⁶, pero alertan a los jueces sobre la necesidad de verificar la calidad de la ciencia que se aporta ante los tribunales, pues como decía el juez *Weinstein* – cuya opinión recoge la sentencia *Daubert*– las pruebas presentadas por los expertos pueden ser importantes pero también desorientadoras a causa de las dificultades para valorarlas; de ahí que el juez haya de ejercer un control mucho mayor sobre los expertos que sobre los testigos normales.

2. La credibilidad de los expertos

Aunque, como vengo insistiendo, la credibilidad de un experto dependerá fundamentalmente de la fiabilidad de su informe, no es inútil analizar brevemente la función institucional de los científicos (sean de parte o llamados por el juez) en el proceso ya que este aspecto tiene una incidencia en el tema que me ocupa.

A) Cuando los expertos son propuestos por las partes, éstas los eligen como fuente de conocimientos científicos útiles para la decisión. Y siendo las partes las que pagan a los expertos, éstos tenderán a orientar su testimonio a favor de «su» parte; en cuyo caso, las nociones técnico-científicas que se empleen pueden resultar de dudosa objetividad (riesgo que se acentúa cuando se utilizan conocimientos de naturaleza incierta o de gran complejidad); además de no ser infrecuente que los propios expertos mientan sobre su propia cualificación, sobre sus títulos académicos, sobre las investigaciones efectuadas a lo largo de su carrera, entorpeciendo de ese modo la valoración judicial sobre la solvencia de la *expertise*²⁷.

No siempre los expertos corruptos actúan con descaro pues hay maneras más sutiles de comportarse con parcialidad: forzando los datos disponibles, excluyendo datos contrarios a los intereses de la parte a la que se asesora, mutilando trabajos científicos que se citan, presentando como dominante una corriente de pensamiento minoritaria, ocultando la tasa de error de la metodología empleada, etcétera²⁸.

B) Lo dicho sobre los peritos de parte, a veces también se extiende a los laboratorios de la policía, fábrica de impresionantes falsedades [como las del Dr. *Erdmann*, un patólogo que a lo largo de diez años había realizado falsas autopsias, confirmando siempre la hipótesis acusatoria y contribuyendo

26. Cfr. p. ej. HAACK, S., «Prova ed errore: la filosofia della scienza della Corte Suprema americana», *Ars Interpretandi*, 2006, núm. 11; esp. págs. 315-319.

27. Cfr. BASSATT TORRES, N., *La «duda razonable»...*, págs. 191-193.

28. CENTONZE, F., «Scienza spazzatura e scienza corrotta nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale», *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 2001, núm. 4, pág. 1238.

decisivamente a que se dictaran veinte condenas a muerte²⁹, sin contar con otras escandalosas falsificaciones policiales relacionadas con las pruebas científicas [p. ej. referidas a las huellas dactilares³⁰]. Debería revisarse, por tanto, la propensión de muchos tribunales a depositar su apriórica y ciega confianza en los dictámenes emitidos por organismos oficiales en razón de que éstos no tienen interés directo en adoptar una u otra postura³¹.

C) El desasosiego que al juez le provoca su desconocimiento de los saberes científicos puede empujarle a refugiarse en otra presunción: si el ministerio público (el fiscal) es imparcial, el experto que actúa a su servicio también lo será; por tanto habrá de aceptarse lo que ése diga en su informe. Es frecuente englobar tanto al juez como al fiscal bajo una misma palabra: «autoridad»; eso explica el equívoco, bastante frecuente, de nombrar al ministerio público como «órgano de la justicia» o «parte *sui generis*»; como si el fiscal gozara de una presunción de rectitud propia de una autoridad judicial promotora de la justicia, olvidando así que el proceso penal tiene la estructura de un auténtico proceso de partes, una de las cuales es efectivamente el ministerio público y que, por tanto, éste desempeña una función concretamente parcial. Y, así las cosas, sería gratuito presumir que, por definición, los peritos de la acusación pública se sustraen a la psicología acusatoria inevitablemente unida al papel institucional del ministerio público³². Sin que quepa excluir, encima, que la corrupción también acecha al experto del fiscal, pues cuando se nombra regularmente a los mismos asesores técnicos se corre el riesgo de que la expectativa de un vínculo económico estable merced a una reiterada colaboración con la acusación pública acabe corrompiendo la objetividad y seriedad del experto³³.

D) Entran en consideración finalmente los peritos nombrados por el propio juez. Parece que aquí sobrarían las cautelas con las que han de tomarse los informes y declaraciones de los expertos de parte y de los nominados por el ministerio fiscal (que, en realidad, son también de parte) ya que, ahora, es el juzgador (éste sí verdaderamente imparcial) el que

29. BASSATT TORRES, N., *La «duda razonable»...*, pág. 192.

30. El FBI tiene pruebas de que, de 1984 a 1992 en la parte septentrional del Estado de Nueva York, la policía tomaba las huellas digitales de la persona sospechosa que obraban en el registro de la comisaría o de un objeto que hubiera tocado el sospechoso y declaraban, después, haberlas encontrado en la escena del crimen (DERSHOWITZ, A. M., *Dubbi ragionevoli. Il sistema della giustizia penale e il caso O. J. Simpson*, trad. it., Milán, 2007, pág. 48).

31. LÓPEZ MÚÑIZ, M., *La prueba pericial. Guía práctica y jurisprudencia*, Madrid, 1995, pág. 271.

32. CENTONZE, F., «Scienza spazzatura...», págs. 1251-1252.

33. CENTONZE, F., «Scienza spazzatura...», págs. 1253-1254.

designa de oficio a un perito. Si a eso se añade que sería una paradoja que el juez valore *ex post* unos conocimientos técnico-científicos que no poseía *ex ante* [precisamente por eso nombró al perito³⁴], surge la razonable pregunta de si es legítimo que el juez acepte sin discusión las conclusiones del perito que él ha nombrado [y mucho más si el nombramiento se efectúa al azar³⁵]. La respuesta ha de ser, sin embargo, radicalmente negativa, pues el juez, que se somete automáticamente a la autoridad del perito, además de convertir a la pericia en una figura de prueba legal³⁶, está renunciando a uno de los presupuestos fundamentales de la decisión judicial, el que el poder decisorio corresponde en exclusiva al juez³⁷. Pero lo dicho requiere el suplemento de algunas consideraciones³⁸.

De inicio está la decisión del juez relativa a la conveniencia de nombrar o no a un perito. Según apunté más arriba, por lo general los jueces están persuadidos de que necesitan de algún perito cuando se trata de cuestiones pertenecientes a las ciencias duras, pero a veces desconocen la extensión de la ciencia a otros dominios y creen que no es necesario el informe de un psicólogo, de un sociólogo, etc., ignorando que los análisis de las ciencias humanas y sociales divergen de los criterios del sentido común y, por ello, prescinden de los peritos de turno.

Si el juez reconoce no disponer de los conocimientos adecuados, asoma una segunda cuestión: la elección del experto. Al respecto, las normas procesales acostumbra a ser lacónicas, exigiendo p. ej. que el experto posea un «título oficial», y quizás que guarde «una conducta moral intachable», o incluso que preste juramento de proceder bien y fielmente en sus operaciones³⁹; pero son normas que priorizan más bien un principio de «neutralidad» despreocupándose de un control eficaz sobre la cualificación profesional del perito⁴⁰ y quizás éste no tenga la altura científica requerida por las dificultades a resolver. En ello reside el grado

34. ILLESCAS RUS, A. V., *La prueba pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Cizur Menor, 2002, pág. 433.

35. Según la jurisprudencia de nuestro TS, ha de concederse mayor credibilidad al perito designado al azar por insaculación porque así está más garantizada su independencia (LÓPEZ MUNIZ, M., *La prueba pericial...*, pág. 281).

36. LOMBARDO, L., «Prova scientifica...», págs. 1118-1119.

37. TARUFFO, M., «Consideración su scienza e processo civile», en CONDÉ, G. y PONZANELLI, G. (coords.), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Turin, 2004, pág. 494.

38. Que las tomo de TARUFFO, M., «La prova scientifica nel processo civile», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, núm. 4, págs. 1106-1109.

39. Hay sistemas jurídicos en los que la legislación no exige el juramento a los expertos de las partes pero lo impone expresamente para el perito de oficio. No creo que eso cambie mucho las cosas: primero, porque la sinceridad no es determinante al expresar una opinión científica; y, segundo, porque la fuerza de las conclusiones del perito se mide por su resistencia a las opiniones expresadas en el contradictorio y no a la posición personal del sujeto que las formuló (CENTONZE, F., «Scienza spazzatura...», págs. 1260-1261).

40. HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Conocimiento científico...», pág. 77.

de «atendibilidad extrínseca» que merece su informe.

La tercera cuestión --esta vez relacionada con la «atendibilidad intrínseca»⁴¹-- afecta al desarrollo de la pericia. El éxito de ésta depende de dos condiciones: primera, que el juez formule al perito preguntas pertinentes y precisas (pues todos sabemos que las respuestas están condicionadas por las preguntas); segunda, que el informe del perito se someta al contradictorio [pues es un método que opera no sólo en la formación de los elementos de prueba sino también sobre la selección de los criterios para su valoración⁴²], de manera que la confrontación permita a las partes (a través de sus expertos) controlar y criticar los resultados a que ha llegado el perito de oficio mediante la discusión de sus fundamentos.

La cuarta cuestión está conectada con la motivación de la sentencia. Incluso en los sistemas en que ésta es obligatoria, la jurisprudencia --entre otras prácticas más censurables todavía⁴³-- tiende a facilitar el trabajo del juez liberándolo de motivar la valoración sobre el asesoramiento del perito de oficio, salvo que las partes hayan manifestado críticas precisas y eficaces a aspectos esenciales del informe pericial; orientación jurisprudencial más que discutible si no se exige al juez justificar por qué considera imprecisas e ineficaces las críticas formuladas por los expertos de parte o por qué éstas afectan sólo a aspectos intrascendentes del informe.

3. Algunas falacias a evitar

Como es ingente la cantidad de problemas metodológicos a que da lugar el uso de las «pruebas científicas», me fijaré sólo en algunas falacias circunscritas a la determinación del «nexo de causalidad»⁴⁴; dominio en el que --por otra parte-- confluyen el par de cautelas subrayadas hasta ahora: primera, la referente a la fiabilidad del experto de turno (que --con tal de que prosperen sus puntos de vista-- puede inducir al engaño, en este ámbito, con referencias promiscuas al concepto de «causalidad»); segunda, de índole epistemológica (y que permitirá, en cada caso, especificar la naturaleza --nomológica, estadística, etc.-- de la presumible relación de

41. Sobre los conceptos de «atendibilidad extrínseca» y «atendibilidad intrínseca», cfr. LOMBARDO, L., «Prova scientifica...», págs. 1120-1121.

42. LOMBARDO, L., «Prova scientifica...», pág. 1118.

43. Cfr. SALOMONE, E., «Sulla motivazione con riferimento alla consulenza tecnica d'ufficio», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, núm. 3.

44. Para un buen y más completo inventario de las falacias más recurrentes, cfr. STELLA, F., «Fallacie e anarchia metodologica in tema di causalità», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, núm. 1.

«causalidad» entre un fenómeno y otro)⁴⁵.

A) La más palmaria muestra de metodología pervertida encuentra acomodo p. ej. en una célebre sentencia de nuestro TS en 1992 (el caso *de la colza*) cuando, a la alegación de los recurrentes de que el análisis químico no había identificado el elemento tóxico del aceite comercializado ni el análisis epidemiológico ofrecía correlaciones concluyentes, el alto Tribunal respondía: «La jurisprudencia de esta Sala (de lo Penal) ha hecho referencia también a la cuestión de la prueba de los llamados "cursos causales no verificables" (...) y ha sostenido que la demostración propia del Derecho es distinta de la científico-natural, en tanto no supone una certeza matemática y una verificabilidad excluyente de la posibilidad de lo contrario, sino simplemente la obtención de una certidumbre subjetiva (...). Por lo tanto, habría que admitir la prueba cuando se haya logrado la obtención de la nota de la probabilidad propia de las ciencias del espíritu, con deducción que se muestre como la racional y lógica dentro de tales parámetros epistemológicos».

Al margen de la obsolescencia de esta dicotomía (ciencias de la naturaleza/ciencias del espíritu) acuñada en el XIX alemán, en el citado argumento del TS se deslizan una serie de elementos racionalmente fraudulentos. Para empezar, es inexacto que la ingesta de aceite de colza y el desencadenamiento del síndrome tóxico sea un ejemplo de curso causal «no verificable»; como mucho nos encontramos ante un curso causal todavía «no verificado» (pero, en principio, tampoco cerrado a la verificación). Después, resulta impropio el concepto de «demostración» (por específico que pretenda ser) atribuido al Derecho (y no sé si a toda la parentela de las ciencias del espíritu). Además, la abusivamente global inclusión del razonamiento jurídico (como si éste fuera homogéneo) dentro de las «ciencias del espíritu» olvida la naturaleza de la cuestión a resolver (la relación entre el consumo de un producto y unos gravísimos desarreglos en el organismo humano), genuina de las «ciencias de la naturaleza». Encima, tampoco se define cuál es —si existe— «la nota de probabilidad propia de las ciencias del espíritu». Y, para colmo, la grandilocuente alusión a los «parámetros epistemológicos» de las ciencias del espíritu finalmente parece resolverse en la pírrica «obtención de una certidumbre subjetiva» (por mucho que ésta —como puntualiza el TS— deba fundamentarse en algo más sólido que las «simples sospechas» o las «apariencias»). ¿Y para semejante viaje tantas alforjas?

45. BASSATT TORRES, N., *La duda razonable...*, pág. 196.

B) Mayor fuste exhibe una segunda falacia consistente en afirmar la existencia de una relación causal por la exclusión de otras relaciones causales alternativas. El argumento, si retomáramos el caso de la colza, podría expresarse así: dado que, entre los productos que ingirieron los afectados por el síndrome tóxico no se conoce ninguno (dejando de lado el aceite mezclado con anilina) al que atribuir la causa del envenenamiento, de ahí se infiere que el aceite adulterado fue el causante de la enfermedad. Tal razonamiento demanda un par de comentarios.

Para empezar, habría que conocer el listado entero de las causas que, en un contexto dado, pueden producir un determinado efecto (contando con la latencia de ciertos eventos que producen efectos al cabo de mucho tiempo), sin lo cual no existe seguridad de que se hubiere excluido la intervención de todas las posibles causas menos la de una. Y ese conocimiento no puede abandonarse a las facultades intuitivas y personalísimas del juez⁴⁶.

Pero, sobre todo, la eliminación de las causas alternativas sería rentable si el evento causante no eliminado tuviera acreditada una relación de causalidad con el evento resultante, no así si la relación de causalidad entre un evento y un resultado fuera incierta o desconocida. Es decir, la eliminación resulta apropiada para *seleccionar* como causa de un concreto efecto a un determinado evento (entre los eventos aptos para producir el resultado) pero no para *conferir* el estatuto de causa a un determinado evento cuya aptitud para producir tal resultado nos es desconocida. No es lo mismo decir «esto (y no otra cosa) es la causa de aquello» que «esto es la causa (y no otra cosa) de aquello». P. ej. supongamos que la rotura de un hilo pueda deberse a tres causas distintas: a que se le aplique una fuerza de tracción superior a su grado de resistencia, o al corte de una tijera, o mediante combustión por el contacto con la llama de un fósforo; si deseamos conocer cuál de esas tres causas ha producido la rotura de este hilo concreto habrá que proceder por eliminación: si el corte no es neto se desecha la hipótesis de la tijera, si el hilo no está chamuscado se descarta la hipótesis de la cerilla, y así sucesivamente. Ahora bien, la eliminación de los cursos causales alternativos es una operación que *completa* el requisito previo de haber censado las causas que pueden entrar en liza, pero que no lo *sustituye*. En efecto, sigamos suponiendo que, contando con un conjunto de antecedentes de naturaleza estadística

46. STELLA, F., «Fallacie e anarchia...», págs. 34-35.

a, b, c, d, e...n, hayamos excluido como causa de *X* la intervención de *b, c, d, e...n*; ¿sería legítimo considerar que, debido a su carácter residual, el antecedente *a* es la causa del resultado *X*? No, porque para ello sería preciso indicar cuáles son las razones por las que *a* ha sido introducida en el conjunto de los antecedentes relevantes. Sin ellas, incurrimos en la circularidad⁴⁷, pues se daría por demostrado lo que requiere demostración. Es lo que ilustra a la perfección la historieta del «científico bebedor»⁴⁸ que el lunes consume *whisky* con tónica, el martes *bourbon* con tónica, el miércoles *brandy* con tónica, el jueves *ron* con tónica, el viernes *ginebra* con tónica..., y como invariablemente termina ebrio todos los días de la semana, atribuye la causa de sus borracheras al único elemento invariable de sus combinaciones: la tónica.

C) Pero, en el establecimiento de la relación de causalidad entre *a* y *X*, cabe sucumbir a las asechanzas de otra falacia: la que enmascara la diferencia entre causalidad *general* y causalidad *individual* (o específica).

La causalidad general permite establecer una conexión entre dos tipos de eventos, según la cual, en una población determinada, la verificación de un evento de cierto tipo hace más probable la verificación de un evento de otro tipo (p. ej. es más probable que quien fuma —evento uno— contraiga un cáncer de pulmón —evento dos—). Es decir, el nexo de causalidad general consiente afirmar que un *tipo* de evento puede determinar la aparición de otro *tipo* de evento en el ámbito de una población dada.

La causalidad individual, en cambio, establece que, en una situación concreta, un hecho *específico* ha sido causado por otro hecho *específico* (p. ej. la autopsia ha demostrado que Fulano padecía cáncer *porque* fumaba tres cajetillas de tabaco al día).

Aun siendo suficientemente clara esta diferencia, a menudo se confunden ambos conceptos de causalidad, ignorando que de una correlación de causalidad general no se deriva la existencia de un nexo de causalidad individual (p. ej. hay fumadores empedernidos que no enferman de cáncer; por eso Fulano bien podía tener cáncer pulmonar no porque fumara tres cajetillas diarias sino porque trabajaba con amianto). O sea, la causalidad general se refiere a *clases* de eventos y no a eventos *singulares* y sirve para hacer *previsiones* y no para dar *explicaciones* de

47. STELLA, F., «Fallacie e anarchia...», pág. 34.

48. Tomada de BASSATT TORRES, N., *La duda razonable...*, pág. 204.

hechos singulares ya acaecidos. Y conviene acentuar que es la causalidad individual la adecuada para los fines del proceso [al menos del penal; en el proceso civil la situación es más compleja⁴⁹].

¿Cómo se prueba la existencia de un nexo causal individual? Pensemos en el enunciado «*a* es la causa de *X*», el cual consta de tres elementos: 1) el evento que se indica como causa (es decir *a*); 2) el evento que se toma como consecuencia (o sea *X*); 3) el nexo causal que conecta esos dos eventos señalando cuál de ellos es la causa y cuál la consecuencia. Los dos eventos (*a* y *X*) son realidades empíricamente observables cuya existencia no presenta, en principio, dificultades de prueba. No así el nexo causal, que no es observable ni perceptible; pero que, pese a todo, puede ser probado por vía inferencial demostrando que existe una ley «de cobertura» referible a ese caso específico (p. ej. si explota el radiador, estando lleno y con el tapón bien enroscado el depósito de agua de un coche aparcado a la intemperie durante una noche de frío siberiano, la ley física de que el volumen del agua aumenta si ésta se congela explica lo acontecido).

D) Pero ¿qué sucede si se intenta tender un nexo causal cuando no hay una relación directa y simple entre un efecto y la causa que lo desencadenó? Es decir, no es raro que una causa *a* produzca un efecto *b* que, a su vez, se constituye en causa del efecto *c*, y así sucesivamente. Se trata de un terreno abonado para que emerja una nueva falacia, producto del contubernio de las dos anteriores (o sea: exclusión de causas alternativas y uso de la causalidad general). Véase.

No siempre resulta fácil reconocer la totalidad de los eslabones de una cadena causal. Sin embargo, no debe renunciarse a la identificación de los eslabones principales sin los cuales el evento no se hubiera producido. Un ejemplo real: una monja bosnia fue violada por soldados rebeldes en Kosovo y, sin que mediara exposición al virus del sida distinta del contacto sexual, sufrió la susodicha infección. Algunos pensaron que, en este caso, la estadística era apta para ofrecer una explicación causal de lo sucedido. Pues no. Aquí no existe explicación causal porque no se identificaron los mecanismos causales que ponían en relación la causa (la violación) con el efecto (la infección), cosa que era factible conseguir: el análisis de la sangre y del semen del agresor permitiría verificar que éste padecía una infección en estado especialmente avanzado y que las concentraciones

49. BASSATT TORRES, N., *La duda razonable...*, págs. 205-207.

del virus en sangre y semen eran particularmente elevadas; después, las inspecciones en las personas del agresor y de la víctima consentirían apreciar lesiones ulcerosas en el agresor y lesiones traumáticas en la vagina de la víctima; lo que daría pie a sostener que la relación sexual violenta produjo el sangramiento de las mucosas de víctima y agresor; por efecto del cual, el virus presente en altas concentraciones en sangre y semen del agresor entró en contacto directo con la sangre de la víctima; y de esa manera se verifica la penetración del sida en el organismo de la víctima a través de unas células bien determinadas y el posterior surgimiento de la infección.

Por tanto, la descripción del itinerario causal concreto (al menos en sus etapas más importantes) que vincula una causa determinada con un efecto particularizado es requisito básico para sostener que tal acción (u omisión) de Fulano es la condición *sine qua non* de que se haya producido tal efecto.

Es seguro que un acucioso análisis de la jurisprudencia (no sólo española) aumentaría el elenco de negligencias y errores en los que a veces incurren los tribunales, pero de momento ya basta.

8. ¿PUEDEN LAS MALAS PERSONAS SER BUENOS JUECES?

Jorge F. Malem Seña
Universitat Pompeu Fabra, Barcelona

SUMARIO

I. El juez que no necesita fundar sus decisiones. II. El juez que necesita fundar sus decisiones.

Según la ajustada apreciación de Herbert Hart, un sistema jurídico moderno se caracterizaría, entre otras cosas, por la existencia de un cierto tipo de reglas cuyo fin es establecer qué órganos y mediante qué procedimientos se debe determinar si una persona ha violado una norma de ese sistema y, en su caso, cuál es la sanción que cupiere¹. Y si denominamos juez a quien cumple la función de dichos órganos resultará que los jueces son una parte necesaria de todo sistema jurídico moderno. Ahora bien, quién desempeña el cargo de juez, con qué atribuciones lo hace y bajo qué circunstancias ejerce la potestad jurisdiccional depende de consideraciones jurídico-políticas. En ocasiones ha ejercido esa potestad por delegación del soberano legal, el monarca, que incluso solía reservarse para sí el conocimiento y la resolución de determinados casos como así también la de ser la instancia última o definitiva en la cadena de apelaciones. En otras ocasiones, en cambio, los jueces aparecen formando un «poder», independiente del resto de poderes del Estado, que reclama exclusividad para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todos los conflictos sociales. Por otra parte, la propia labor jurisdiccional y las razones que los jueces habrían de invocar en favor de sus decisiones han dependido también de circunstancias históricas y de los respectivos sistemas jurídico-políticos en los cuales desarrollan su actividad. Así, por ejemplo, en España, era

1. Cf. H. H. Hart, *El concepto de derecho*. Versión castellana: Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963, especialmente cap. V.

una práctica habitual en el derecho castellano que los jueces no fundaran sus sentencias hasta bien entrado el siglo XIX; mientras que en la actualidad, por el contrario, constituye una exigencia legal no cuestionada que los jueces han de fundamentar todas las decisiones que toman so pena de verlas revocadas por una instancia superior².

Pero, curiosamente, a despecho de la época histórica que se analice y del origen o fundamento de su actividad o de su obligación o no de dar razones que avalen sus decisiones, a los jueces siempre se les ha supuesto dotados de una personalidad moral especial y se les ha exigido ciertos comportamientos morales en su vida privada que no condicen con iguales requisitos o exigencias propias de otras prácticas jurídicas o en otras profesiones, incluso de las llamadas humanistas. Es como si la virtuosa vida privada que los jueces deberían llevar desde un punto de vista moral fuera una condición necesaria para que desarrollara correctamente, desde un punto de vista técnico, su propia función jurisdiccional.

En palabras de Piero Calamandrei, «tan elevada es en nuestra estimación la misión del juez y tan necesaria la confianza en él, que las debilidades humanas que no se notan o se perdonan en cualquier otro orden de funcionarios públicos, parecen inconcebibles en un magistrado ... Los jueces son como los que pertenecen a una orden religiosa. Cada uno de ellos tiene que ser un ejemplo de virtud, si no quieren que los creyentes pierdan la fe»³.

Por esa razón, no es de extrañar que popularmente, en los corrillos judiciales, su suela decir que para ser un buen juez es necesario ser una buena persona y, si sabe derecho, tanto mejor⁴.

2. Por ejemplo, el artículo 120.3 de la Constitución Española establece que: «Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública». En concordancia con ello, véase el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Como excepción se señala a las providencias, que «podrían ser suscitadamente motivadas...»

3. Cf. Piero Calamandrei, *Elogio de los jueces escrito por abogados*. Versión castellana: Sentís Melendo, Medina Gaijo y C. Finzi. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1989, pp. 261-262.

4. Un dato que parecería avalar esta afirmación resultaría del hecho de que John Marshall, mencionado unánimemente como el juez más importante de la historia jurídica estadounidense, nunca estudió formalmente derecho. Cf. Bernard Schwartz, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*. Versión castellana: Enrique Alonso. Madrid: Civitas, 1980, p. 28. Y tampoco conviene olvidar el *Informe de la Comisión Redactora de la primera constitución de Santiago del Estero*, República Argentina (10 de junio de 1857) al referirse a la necesidad de nombrar jueces que no fueran letrados debido a la falta de abogados en la zona y a la pobreza de los fondos públicos para traerlos de fuera de la provincia. «Nada de nuevo puedo ofrecer a V.E. pues no es en esos asuntos en los que la originalidad es un mérito, sino la facilidad en la aplicación ... hemos procurado establecer en la claridad y en el deslinde de las atribuciones de los tres poderes ... En la ley que marca los derechos y deberes de estos poderes hay mucho de local que es solo aplicable aquí y de alguna falta que indudablemente se notara, como por ejemplo en señalar la precisión de que los jueces de primera y de segunda instancia sean letrados, ha sido también consultada la no existencia de abogados en la provincia y la pobreza del erario público para costearlo de afuera.» En Arturo Bustos Navarro, *El derecho patrio en Santiago del Estero*. Buenos Aires: Imprenta de la Universidad, 1962, p. 102. Agradezco a Ernesto Garzón Valdés haberme señalado este dato.

En este trabajo me propongo presentar dos modelos de jueces y de ejercicio de la potestad jurisdiccional, prestando especial atención a la obligación que tienen o no de fundar sus decisiones en derecho. Al hacerlo no tengo ninguna pretensión de reconstrucción histórica⁵, sino más bien de mostrar qué papel juega la moral privada del juez y su comportamiento social en cada uno de esos dos esquemas teóricos, para tratar de concluir después dando respuesta a la pregunta acerca de si una mala persona —moralmente hablando— puede ser un buen juez —técnicamente hablando—.

I. El juez que no necesita fundar sus decisiones

Como es sabido, en España, Carlos III prohibió por Real Cédula de 23 de junio de 1768 a la Audiencia y al resto de los jueces de Mallorca que motivaran sus sentencias. De alguna manera, a través de esta disposición se pretendía uniformar en todo el territorio una práctica ya habitual, propia del derecho castellano en los siglos XVI, XVII y XVIII⁶. Prohibición que se mantuvo vigente hasta bien entrado el siglo XIX y que paulatinamente fue derogada según se iban modificando determinados ámbitos procesales.

Las razones aducidas en favor de esa interdicción y contenidas en la propia Real Cédula eran diversas. Una hacía referencia a la economía procesal: la motivación de la sentencia, que en realidad se consideraba un relato de lo sucedido en el juicio, insumía demasiado tiempo, con el consiguiente retraso judicial en la consideración de otros asuntos y el aumento de las costas. Otra de las razones mencionadas era que tal motivación posibilitaba la crítica por parte de los litigantes de las razones del fallo, y en virtud de ello el aumento de los posibles recursos y la sospecha sobre la justicia de las decisiones judiciales.

Además de estas razones, históricamente se había esgrimido otra con una fuerte connotación político-ideológica. Quien detentaba la potestad jurisdiccional era el soberano absoluto en virtud de imposición divina, que a su vez delegaba en sus jueces y magistrados el ejercicio de tal potestad, aunque conservando su titularidad y el control sobre las decisiones de sus delegados. Si la legitimidad de la actividad de juzgar y de hacer cumplir lo juzgado le era concedido a los jueces por Dios, a través de la delegación del soberano, sus decisiones debían considerarse justas y, por lo tanto,

5. A pesar de ello haré repetidas alusiones históricas.

6. Cf. C. Garriga y M. Lorente, «El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)», *La vinculación del juez a la ley. Anuario de la Facultad de derecho de la UAM*, nº 1, 1997, p. 101. Bien señalan los autores en este documentado y excelente trabajo, sin embargo, que esta práctica no era seguida en Cataluña, Aragón o Valencia.

no requerían ser fundadas. Un ataque a las sentencias constituía, en ese sentido, un ataque a la autoridad de los jueces y del monarca, en definitiva, un ataque a Dios.

Pero a partir del siglo XVI, en la propia Castilla, donde ya imperaba la costumbre de no fundamentar las sentencias, según Richard Kagan, se hizo cada vez más notorio que la administración de la justicia era una cuestión típicamente humana y que como tal no quedaba exenta de toda crítica. De hecho, en esa época, el descontento por el funcionamiento de la justicia fue en aumento. De acuerdo con R. Kagan, las críticas a los pleitos y a los males que los acompañaban se debían a los elevados costes en tiempo y dinero que insumían, motivados entre otras causas por «las ambigüedades de la ley por la que se juzgaban los pleitos; las jurisdicciones superpuestas que permitían a muchos litigantes frustrar los casos de sus oponentes; los tribunales notorios por su ineficacia, la corrupción y la codicia; y finalmente, una profesión jurídica de cuyos objetivos y ambiciones se tenían muchas sospechas»⁷.

Es por ello que, dados todos esos factores y, sobre todo, teniendo en cuenta la existencia de un entramado legal impreciso e insuficiente, no puede extrañar el enorme poder que se concentraba en manos de los jueces castellanos. Tenían incluso amplias competencias para intervenir inquisitorialmente tanto en los procedimientos civiles como en los penales, y al momento de dictar sentencia en fuero civil solo debían manifestar que una parte *probó su causa* y que la otra *no probó su causa*, sin hacer ninguna alegación que justificara tal apreciación⁸.

En el ámbito penal, a su vez, dado que las sentencias, al decir de Francisco Tomás y Valiente, no solían estar fundadas expresamente en derecho ni en hechos, y dado también la poca formalidad del proceso y el arbitrio al establecer la pena, no es de extrañar que el juez se presentara como «el verdadero señor del proceso. Al menos de su resultado ... [ya que] en muchos aspectos el Derecho y el proceso penal dependían más de la voluntad y decisión libre del juez, que el derecho y proceso civil»⁹.

Pero si la justificación de las sentencias no provenía de su motivación, ni de su adecuación al principio de legalidad, entonces debía recaer en el carácter moral de la autoridad que las dictaba. Tal era el modelo jurisdiccional de marras. La garantía de la corrección de la sentencia

7. Cf. Richard Kagan, *Pleitos y Pleiteantes en Castilla: 1500-1700*. Versión castellana: M. Moreno. Junta de Castilla y León, 1991, p. 45.

8. *Ibidem*, p. 49.

9. Cf. Francisco Tomás y Valiente, *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 228-229.

descansaba en la calidad ética de la persona del juez que la emitía. «Si la conducta no figuraba objetivada en el fallo, debía manifestarse en la conducta de sus artífices, los jueces, que de ese modo vivían condenados por razón de su oficio a representar sin descanso el papel de Astrea en el teatro de la vida. A falta de la ley, el juez era la imagen viva de la justicia»¹⁰.

De ahí que a los jueces se les exigiera poseer ciertos rasgos morales muy marcados y determinados comportamientos sociales muy estrictos. Se les compelmaba a llevar una vida casi monacal, bajo la amenaza de fuertes sanciones que podían llegar incluso al apartamiento del cargo.

A los jueces se les exigía, por ejemplo, que vivieran en un entorno especial de un aislamiento social casi total. Esto se iniciaba con los destinos profesionales que se les asignaba. Las más de las veces realizaban su labor lejos de las zonas de donde eran originarios o habían realizado sus estudios o vivido parte de sus vidas. Además, les estaba vedado prácticamente toda vida social, no podían tener relaciones amistosas, ni asistir a celebraciones tales como casamientos, bautismos, banquetes, etcétera. Tampoco podían asistir a espectáculos como las corridas de toros o el teatro de comedias, ni participar en cacerías o en juegos de azar. Cuanto más alejados de las prácticas locales donde ejercía su magisterio tanto mejor.

Tal era la preocupación por aislar a los jueces de las posibles influencias de la comunidad donde se insertaban sus decisiones que los traslados eran muy frecuentes, con la dificultad y demoras que ello traía aparejado para la resolución de las causas. Con estas medidas se perseguía que los jueces se dedicaran plenamente a la tarea de juzgar y de hacer cumplir lo juzgado y que tuvieran, además, una imagen clara de imparcialidad, que no debía quedar empañada siquiera por la sombra de sospecha de que su juicio había sido torcido por una relación de amistad, económica o de cualquier otro tipo. Pero no solo se trataba de que el juez diera una imagen personal de imparcialidad, sino también de hombre justo y moralmente irreprochable. Por esa razón, se sostenía que quien ejerciera tan elevado magisterio debía ser temeroso de Dios y sentir amor por la justicia. Los jueces debían, además, ser de buena fama, desinteresados, sabios y con experiencia. Para poder juzgar con acierto, debían ser dóciles de corazón, afables y con indiferencia de ánimo respecto de las cosas o personas involucradas en las causas, aunque debían estar dotados de

10. Cf. C. Garriga y M. Lorente, *ob.cit.* p. 106.

una gran firmeza de carácter para llevar a cabo sumisión.

Los jueces también debían mantener una compostura grave, circunspecta y decorosa. Debían vestir con ropas oscuras y no mantener ningún trato familiar con sus colegas, con los abogados y con los vecinos.

En fin, los jueces debían estar exentos de todo vicio. Su cargo era incompatible con la lujuria, la impiedad, la avaricia, la lisonja, la envidia, la codicia, la soberbia, etcétera¹¹.

Sólo es en razón de estas exigencias que se torna absolutamente comprensible para nosotros que jueces como, Vidiano Maldonado, de Valladolid, fuera muy criticado por haber contraído «enfermedades contagiosas» de «mujeres bajas y mozas de cantar»; o que Felix de Maçaneo fuera acusado de tener una amante con la cual se habría ido a nadar al río «en piernas con una mujer»; o, en fin, que a García de Medrano se le imputara que no hiciera vida maritable con su legítima mujer¹².

Ahora bien, que la corrección de las sentencias se hiciera depender de la persona del juez y de su fineza de carácter, o de su apariencia, y no de las motivaciones o alegaciones realizadas en las mismas no significa que el juez estuviera libre de todo control. Este se iniciaba en el momento mismo de su designación, ya que debía sufrir un severo escrutinio previo acerca de su lealtad al monarca y a la religión católica. Continuaba después con los informes que periódicamente debía presentar a sus superiores y con las inspecciones y juicios de residencias a los cuales se debía someter. Se perseguía fundamentalmente controlar a los jueces para que no prevaricaran o cometieran cohechos, tan comunes en los siglos XVI, XVII y XVIII, pero también para asegurar que sus actividades fueran funcionales al regimen político vigente¹³.

«El modelo jurisdiccional castellano no era, así pues, un orden de legalidad y sólo lo podía ofrecer a los litigantes una garantía moral. Aquí radica justamente su razón de ser. Traducido al plano institucional, esto significa que la sentencia no tiene vida propia: no es más que un fallo, que no se explica a sí mismo y depende en todo de sus jueces. De ahí que éstos, los jueces, deban ser apartados del pleito (mediante la recusación) o sancionados e incluso removidos del oficio (en trámite de responsabilidad)

11. Por todo véase, Ramón Lázaro de Dou y de Bassols, *Instituciones de Derecho Público General de España connoticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado*. Madrid: 1800. Se cita por Banchs Editor, Barcelona, 1975. T. II, pp. 7 y ss.

12. Ejemplos citados por R. Kagan, ob. cit. p. 174.

13. En realidad no se trataba en esta época de que los jueces no estuviesen sujetos a regla alguna o que no hubiese una legislación amplia sobre determinadas cuestiones, sino más bien que los jueces, dada la estructura que tenía el ejercicio de su potestad jurisdiccional, disponían de una amplísima discrecionalidad que fácilmente desembocaba en la más completa arbitrariedad. Dadas las características del modelo, las normas jurídicas se volvían así «juguetes vistosos en manos de los jueces» para emplear una fórmula moderna propia de una concepción jurídica realista no moderada.

si atentan (con una conducta moralmente reprobable) contra la autoridad e imparcialidad de la justicia»¹⁴.

En este contexto, pareciera que una condición necesaria para que el juez desarrollara su labor correctamente, esto es, fuera un buen juez desde un punto de vista técnico sería que el propio juez fuera una buena persona moral. Y no sólo lo que lo fuera sino que lo pareciera. Dada la poca relevancia que asumía el principio de legalidad, la apariencia de justicia material de las decisiones jurisdiccionales cobraba una importancia radical para su legitimación social y para la estabilidad del sistema. A partir de la ausencia de motivación de las sentencias, el único espejo donde el ciudadano podía ver reflejada esa justicia era precisamente la persona y el comportamiento del juez. Una mala persona, munida de poderes discrecionales tan amplios para decidir, no podía ser, técnicamente, un buen juez, ni tan siquiera en las apariencias¹⁵.

II. El juez que necesita fundar sus decisiones

El paso de un esquema jurisdiccional donde imperaba la práctica de dictar sentencias carentes de fundamentación a otro modelo opuesto que exige que las sentencias estén motivadas tanto en sus aspectos normativos como fácticos se desarrolló, al menos en la experiencia española, de forma paulatina. El primer ámbito jurídico donde se estableció el deber de fundamentar las sentencias fue el mercantil, impuesto por el Código de Comercio de 1829¹⁶.

Este deber de motivación de las sentencias se instituyó para hacer frente a la necesidad de disciplinar la tarea de los jueces, a la lógica

impuesta por la construcción de un nuevo Estado y no en virtud de una

14. Cf. C. Garriga y M. Lorente, ob. cit. p. 111-112.

15. Una cita de Jerónimo Castillo de Bobadilla mencionada por Francisco Tomás y Valiente puede ilustrar esta conclusión. Decía Castillo de Bobadilla que había conocido a un juez que «tuvo oficios muy grandes en estos Reynos, que quando el delincente confessava en el tormento, y va muy ufano a su aposento, y dezia a su muger y familia, «carne tenemos», como pudiera dezir un tigre o leon, tomando o depedacando alguna presa» ... «porque he conocido juazes, en especial algunos moços codiciosos de vanagloria, que trastuecan las palabras del delincente, quando le toman confession, para hazerle culpado en el delito: y otros que inventan modos y crueldades exquisitas de tormento; y puedolo afirmar como testigo; y acompañado que fuy de un juez, que tenia por costumbre (y a su parecer no poco hazañosa) dar de cozes y puñadas al delincente al tiempo que estaba ya desnudo para ponerle en el potro, mostrandose con el un Nerón, y reprehendiendole yo de aquella inhumanidad y rigor no escrito, me dixo, que lo hazia porque con aquellas cozes y puñadas ponía terror al preso y le induzia a que confessasse lo que le preguntava; invencion del diablo: y assi le ví despues perdido y menospreciado». Cf., Francisco Tomás y Valiente, ob. cit. p. 225. Claramente en estos casos, los jueces cuyas prácticas morales eran reprobables incluso de acuerdo a los cánones de la moral positiva vigente en la época no cumplían adecuadamente, ni podían hacerlo, con sus funciones.

16. Cf. Manuel Ortells Ramos, «Origen histórico del deber de motivar las sentencias», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, nº 4, 1977, p. 908. En el ámbito penal, el deber de motivar las sentencias data de 1848, en el ámbito civil de 1853 y con carácter general a partir de la LOPJ de 1870.

supuesta garantía de los derechos de los ciudadanos. Había que limitar la discrecionalidad y el arbitrio judicial y obligar a los jueces a aplicar efectivamente el nuevo derecho legislado por las autoridades liberales. El respeto por el principio de legalidad aparecía así como una necesidad impuesta por el nuevo Estado liberal que, aceptando la tripartición de poderes, sitúa al parlamento en un plano superior al de la figura del juez y a la ley sobre las sentencias. Un camino apropiado para ello era compelerles a dar razones de sus decisiones. «Para que pudiera constatarse la aplicación del nuevo Código, la fundamentación era, si no imprescindible, muy conveniente. Mantener la prohibición de la misma hubiera favorecido que las sentencias hubieran continuado basándose, en realidad en las antiguas Ordenanzas»¹⁷. Por ello tienen razón, C. Garriga y M. Lorente al afirmar que, «la obligación de fundamentar legalmente las decisiones judiciales fue una consecuencia y no un presupuesto de la reorganización del aparato de justicia»¹⁸.

A partir de este momento la justicia ha de ser entendida como la aplicación de la ley, sin importar cuáles sean los estados mentales o psicológicos de quienes la aplican. Al sistema jurídico ya no le interesan los procesos personales por los cuales el juez llega a tomar una decisión, sino su capacidad para expresar las normas que democráticamente la sociedad se ha dado. La ley aparece así como la expresión de la voluntad popular, una expresión a la que el juez debe sometimiento¹⁹.

Cuando el derecho impone que los jueces deben resolver conforme a un sistema de fuentes está estableciendo entonces que la premisa normativa general que ha de ser utilizada en el razonamiento judicial ha de provenir o ser identificada precisamente por esas fuentes de creación jurídica y no atendiendo a la ética privada del juez. Justificar o fundar una sentencia en derecho y en los hechos es construir un razonamiento lógicamente válido donde una premisa hace referencia a una norma jurídica general, otra a consideraciones empíricas que deben aparecer lo suficientemente acreditadas en los hechos probados y donde la conclusión es la decisión o fallo. Obviamente, puede haber además premisas analíticas o definicionales²⁰. Por esa razón, como sostiene Luigi Ferrajoli, «la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto *en derecho*, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción,

17. *Ibidem*, p. 909.

18. Cf. C. Garriga y M. Lorente, *ob. cit.* p. 132.

19. Cf. Eduardo García de Enterría, «La democracia y el lugar de la ley», en Eduardo García de Enterría y Aurelio Menéndez Menéndez, *El derecho, la ley y el juez. Dos estudios*. Madrid: Civitas, 1997, pp. 51 y ss.
20. C., Eugenio Bulygin, «Sentencia judicial y creación de derecho», en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Aná lisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 356.

como *en hecho*, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas»²¹.

La justificación de las sentencias depende ahora sí tanto del contenido de su fallo como de la motivación en ellas expuesta, siendo completamente irrelevante al respecto la moral privada de la autoridad que las dicta. En consonancia con esta idea, las normas que se adoptan a partir de esta época acerca de las aptitudes morales y de los comportamientos sociales exigibles a los jueces comienzan a ser más laxas. No se requiere ya que los jueces sean temerosos de Dios, aunque como funcionarios de un Estado que adopta la religión católica les está vedado pertenecer a cualquier otra.

Se mantiene la exigencia de que los jueces sean de una reputación inmaculada o ser poseedores de un buen concepto público y, por lo tanto, son sancionadas conductas como la incontinencia pública, la embriaguez repetida o la inmoralidad escandalosa. Así, en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 se establece como causal de destitución que los jueces tuvieran vicios vergonzosos, que hubiesen ejecutado actos que los hagan desmerecedores del concepto público o cuando por su conducta viciosa o su comportamiento poco honroso no sean dignos de ejercer funciones públicas²². Pero en un ámbito donde los jueces deben fundar sus decisiones «los factores morales sufren un progresivo declinar mientras son sustituidos por la preeminencia paulatina en las leyes de elementos técnicos cada vez más complejos y abundantes, sin que ello suponga la desaparición radical de términos como «ardiente amor a la justicia» de los jueces, su «pureza sin mancha» o su «celo no interrumpido», que quedan en los textos más como elementos retóricos que como requerimientos reales»²³.

Esta paulatina «desmoralización» de las propiedades personales exigidas a la persona del juez concluye en España con la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. En ella, entre las causales sancionadoras que se prevén desde un punto de vista disciplinario no se observa ninguna referencia a la ética privada de los jueces. Es más, en general se admite que la ideología personal o las convicciones morales, religiosas o políticas de un juez no constituyen una causa justificada de abstención o de recusación. El juez no tiene porqué ocultar u omitir manifestar su ideología o sus preferencias políticas en foros adecuados;

21. Cf. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*. Versión castellana: Perfecto Andrés Ibañez y otros. Madrid: Editorial Trotta, 4ª edición, 2000, p. 623.

22. Cf. Piedad González Granda, *Independencia del juez y control de su actividad*. Valencia: Tirantó Blanc, 1993, p. 189.

23. Cf. Juan Sainz Guerra, *La administración de justicia en España (1810-1870)*. Madrid: Eudema, 1992, p. 275.

por ejemplo, en publicaciones de reflexión teórica de política general, de sociología o de análisis filosófico. El juez no es ya, ni debe serlo, un ciudadano aséptico, encerrado en una botella de cristal, aislado de cualquier consideración social.

Y, en principio, tampoco le estaría vedado a los jueces realizar ciertos comportamientos en su vida privada que no sean exigibles al resto de los ciudadanos o funcionarios públicos, ya que en un Estado democrático y social, la constitución prohíbe la discriminación en virtud de las preferencias sexuales —recuérdese la prohibición de vicios vergonzosos—, sociales o de opinión.

En un contexto donde los jueces deben dar las razones que fundamentan las sentencias, los atributos personales de carácter moral que puedan o no tener o la realización de actos que afectan exclusivamente a sus respectivas vidas privadas carecen de relevancia práctica o institucional.

Desde el punto de vista técnico, entonces, no sería verdad que para ser un buen juez es necesario ser ante todo una buena persona a despecho de su dominio del derecho; bastaría por el contrario que conociera adecuadamente la técnica jurídica para saber identificar las normas jurídicas que regulan el caso a decidir y para ofrecer una ajustada presentación de las cuestiones empíricas en los hechos probados sin que sea necesario para ello que sea un dechado de virtudes éticas y sociales. Una mala persona podría llegar a ser, en ese sentido, un buen juez.

III

Que una mala persona pueda ser un buen juez en un contexto donde los jueces tienen que fundar en derecho sus sentencias no es, sin embargo, una conclusión fácilmente aceptada por todos. Y consecuentemente con ello, varias son las razones que se esgrimen para rechazar que en la selección de los jueces se tomen en consideración únicamente aspectos técnicojurídicos, o que no puedan ser impuestas sanciones a aquellos jueces y magistrados que no guardan una compostura aceptable en su vida privada. De hecho, se suele afirmar que no es suficiente que los jueces sean independientes, imparciales, competentes y honorables, sino que a igual que la mujer del César así deben parecerlo. La apariencia de justicia de las decisiones judiciales es importante —se aduce— para generar confianza en el justiciable, para contribuir de ese modo a la estabilidad del sistema jurídico y político. Se suele decir

igualmente que una persona «mala» en su vida privada traslada sus evaluaciones a su vida profesional y lo que es tal vez más importante, al interpretar el derecho, se aduce, el juez deja su impronta personal y sus más íntimas convicciones morales, políticas y sociales en los estados de cosas interpretados, sean éstos enunciados legislativos o cuestiones empíricas. Una mala persona colapsaría, en definitiva, en un mal juez. Pero veamos de cerca estos argumentos.

Un primer argumento que se opone a la idea de que una mala persona pueda ser un buen juez y que, en consecuencia, debe guardar una compostura moralmente no reñida con las valoraciones sociales, es que los jueces no solo deben ser independientes, imparciales, competentes y honorables, sino que también así deben parecerlo a los ojos del público. Según esta tesis, pareciera que la confianza de la opinión pública en la justicia descansara también en la compostura de los jueces y, por ese motivo, se les exige una carga mayor en su comportamiento privado que no sería exigible a un ciudadano común. Por esa razón, los jueces no únicamente deberían evitar un comportamiento impropio, sino que deberían evitar al mismo tiempo toda apariencia de incorrección; esto es, toda apariencia de que realizan o se ven comprometidos en comportamientos o situaciones sociales impropias²⁴.

La noción de «comportamientos impropios» o de «situaciones sociales impropias» es sumamente vaga. Obviamente, es una noción que depende del contenido de normas morales y sociales y, por lo tanto, es doblemente parasitaria de la ética y del contexto político-social vigente. Lo que se considera impropio en un lugar o en un momento determinado puede no serlo en otro lugar o en una época diferente. Por ese motivo, es conveniente dar algunos ejemplos que podrían ser reputados en nuestras sociedades como impropios. Estos no tienen un carácter exhaustivo y se utilizarán sólo con fines pedagógicos. En todos estos casos se supondrá de que se trata de jueces que cumplen con los criterios estándares de la profesión; esto es, llevan su despacho actualizado, sus sentencias no son casadas o revocadas en un número mayor que el de sus colegas, conocen el derecho suficientemente y los abogados no tienen demasiadas quejas acerca de los expedientes que les toca decidir. Lo único que diferencia a estos jueces de sus colegas es su vida privada.

1. El caso del juez irascible. Supongamos un juez que todos los domingos, cuando juega el equipo de fútbol de cuyo club es socio se pasea detrás de las porterías sujetándose a la alambrada que separa el campo

24. Cf. Joe Riley, «Ethical Obligations of Judges», *Memphis State University Law Review*, vol 23, 1993, p. 509.

de juego de la tribuna y profiere gritos no únicamente de aliento a los jugadores de su club sino también de menosprecio, con iracundia y hasta en un tono agresivo hacia los contrarios. En el campo de fútbol, el comportamiento de este juez no se diferenciaría demasiado de las acciones de los energúmenos que muchas veces aparecen en los estadios. ¿Podría éste ser un buen juez? Piero Calamandrei diría que no. «Si yo fuera —sostiene— asiduo concurren te a los partidos de fútbol y entre el público gesticulante reconociera a un magistrado de apelación que agitaba frenéticamente los brazos y sostenía a voz de cuello que el árbitro se había vendido, ¿cómo podría al día siguiente, al discutir una causa ante él, seguir teniendo confianza en su serenidad y en su equilibrio?»²⁵. Ser fanático en el fútbol, en otro deporte o en cualquier otro ámbito de la vida, no podría ser compatible, debido a las apariencias de parcialidad que genera, con la práctica profesional de un buen juez.

2. El caso del juez de vida sexual no estrictamente ortodoxa. Uno de los aspectos de la vida personal que está sometido a un escrutinio especial en nuestras sociedades es el sexual. La sociedad establece parámetros de comportamientos sexuales de «normalidad» y «anormalidad» bastantes definidos, aunque sean arbitrarios. La violación de esos parámetros es considerada siempre un ejemplo de «comportamiento impropio». Veamos algunos casos periféricos.

2.1. La jueza y la bailanta. Supóngase una jueza de alrededor de 45 años de edad, divorciada, y que decide acudir todos los viernes y sábados a la noche a una sala de fiestas —las populares bailantas—. En este establecimiento danza hasta altas horas de la madrugada junto a personas más jóvenes al ritmo de música tropical, como la lambada. El movimiento y el contacto físico en este tipo de bailes es tan conocido como manifiesto y la jueza, que se prodiga generosamente en el baile, lo hace, obviamente, en público. También paga las copas que consume tanto ella como las de sus jóvenes acompañantes, y dado el crédito que tiene en el establecimiento en virtud de su cargo de juez, el propietario de la bailanta suele ir a cobrar las deudas contraídas al juzgado que la jueza paga de su propio peculio sin problemas.

2.2. El juez homosexual. Supongamos ahora que un juez homosexual, también de edad madura, lleva una vida sexual activa y no recatada. Sus ocasionales compañeros suelen ser bastantes más jóvenes y sus acercamientos amorosos a las personas con las cuales desea

mantener relaciones sexuales son constantes, y las realiza a despecho del lugar donde se encuentre. Son acercamientos notorios pero que no transgreden groseramente la línea del respeto.

2.3. El juez adúltero y el juez que se relaciona con prostitutas. En ambos casos, las prácticas de estos jueces no constituyen delito alguno y éstos las realizan de forma pública y notoria. En el primer supuesto, son constantes y públicas las riñas y las recriminaciones con su cónyuge. En alguna que otra ocasión el juez ha sido encontrado manteniendo relaciones sexuales dentro de su automóvil en un aparcamiento público con una mujer que no era su esposa. En el segundo, el juez entra y sale de su domicilio a altas horas de la noche y aunque los escándalos rara vez se producen, los vecinos son conscientes del tipo de tráfico sexual que allí tiene lugar.

El juez tiene la costumbre también de contratar prostitutas y llevar cintas de videos pornográficos a las fiestas de sus amigos²⁶. ¿Podrían estos jueces ser buenos jueces en el fuero de familia?

Hay quién podría pensar que estos ejemplos, y otros similares que podrían multiplicarse, de jueces que llevan una vida sexual en el límite de la ortodoxia son simplemente ejercicios académicos sin ninguna sustancia práctica. Pero ello no es así si se observa la legislación y la jurisprudencia comparada. Tanto los Tribunales Supremos de Ohio como de Florida, en los Estados Unidos, sancionaron disciplinariamente a jueces que se encontraban en circunstancias similares a las descritas²⁷. El modelo de juez de estos Tribunales Supremos supone entonces que aquellos que cometen acciones impropias, incorrectas, inadecuadas o malas —incluso las pocas ortodoxas— desde el punto de vista de la moral social que rige las relaciones sexuales no pueden ser en definitiva buenos jueces.

3. El caso del juez jugador y del juez que administra mal su patrimonio. El primer caso se trata de un juez aficionado a los juegos de azar. No únicamente asiste con regularidad a los casinos de la ciudad en la que ejerce la potestad jurisdiccional sino que concurre frecuentemente al hipódromo y a las partidas de póker organizadas en los clubs privados.

En diversas ocasiones se vio obligado a pedir préstamos para hacer frente a las deudas de juego contraídas, préstamos que posteriormente pagó en tiempo y forma, y aunque muchas de estas actividades lúdicas se desarrollan en horas de la noche, no llega tarde a su trabajo y cumple con los horarios de despacho que le corresponde. En

26. El caso del juez que es avistado practicando sexo en su automóvil y el de aquél que llevaba material pornográfico y prostitutas a fiestas pueden consultarse en Robert Martineau, «Disciplining Judges for Nonofficial Conduct: A Survey and Critique of the Law», *University of Baltimore Law Review*, vol 10, nº 2, 1981, p. 239.

27. Cf. Steven Lubet, «Judicial Ethics and Private Lives», *Northwestern University Law Review*, vol 79, nº 5 y 6, 1985, p. 993.

25. Cf. Piero Calamandrei, ob. cit. p. 302.

el segundo de estos supuestos, el juez tiene que afrontar deudas no provenientes del juego sino de comportamientos económicos erráticos y pintorescos. Gasta gran parte de su sueldo en ropa, para sí y su familia, ofrece costosas cenas a sus invitados y en general participa de una vida social cuyos costes no puede mantener. Por ese motivo, en diversas oportunidades, sus acreedores han embargado su sueldo, pero el juez terminaba cancelando todas las deudas no sin apuros y dificultades económicas. En algunas legislaciones, como la argentina, existe ya la prohibición de que el juez participe en juegos de azar o concurra a lugares destinados a esas actividades²⁸. Los jueces no pueden ir a casinos o hipódromos aun cuando no realicen apuesta alguna. Tales restricciones obedecen al menos a dos razones aparentes. La primera, es de naturaleza prudencial, un juez endeudado puede llegar a ser fácilmente corrompible por medio de la extorsión. La segunda, afecta a la apariencia de honorabilidad, una persona que juega permanentemente da la imagen de una persona sometida a una «práctica viciosa». Respecto al juez al que se le embargan los sueldos se suele aducir en su contra que quien no puede administrar bien su patrimonio no está en condiciones de administrar el de los demás, y menos de administrar justicia. Tampoco aquí pareciera que la figura de un buen juez sea compatible con la de una persona que practica juegos de azar o que se endeuda sistemáticamente.

4. El caso del juez y las amistades peligrosas. Las relaciones y vinculaciones sociales de los jueces siempre han estado sometidas a un control especial, y no son pocas las sanciones que se les impusieron o imponen por mantener una vinculación social con determinado tipo de personas o por pertenecer a determinada clase de asociaciones. Vinculado a ello, se pueden examinar diversas hipótesis. Analicemos algunas de ellas.

4.1. Supongamos que un juez se reúne usualmente con delincuentes habituales, con reconocidos hombres dedicados al narcotráfico o con jefes de mafias de distinto tenor. Su conexión con esta gente le viene de lejos, juntos han estudiado o participado en equipos deportivos y desde la juventud tienen la costumbre de cenar todos los jueves en el restaurante de uno de ellos. El juez no participa de las actividades delictivas de sus amigos, no recibe regalos de ellos y paga sus cenas como cualquier otro, pero está afectivamente unido a ellos por las razones antes dichas. Que estas amistades de los jueces no son aceptables lo indica el hecho de que

28. Cf. Roberto Dromi, *Los jueces. ¿Es la justicia un tercio del poder?* Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1992, p. 60.

en ocasiones, en los Estados Unidos, se han impuesto sanciones disciplinarias a jueces por el mero hecho de mantener una vinculación estrecha e íntima con delincuentes²⁹. Las apariencias juegan aquí un papel central.

4.2. El juez que pertenece a asociaciones racistas, antidemocráticas o anticonstitucionales. En esta hipótesis los amigos del juez son personas de reconocida militancia xenófoba, ultraderechistas cuyo ideario político prohíbe los matrimonios mixtos desde un punto de vista racial o religioso y cuyos eslóganes son epítetos malsonantes hacia las comunidades negras, judías o suramericanas. Obviamente, este ideario rechaza la democracia como forma de gobierno y supone la subordinación del poder político a ciertos sectores religiosos. Estas personas se organizan en clubs, concertan veladas artísticas de dudoso gusto y se manifiestan en las calles.

El juez de marras pertenece a estas asociaciones y asiste regularmente a las presentaciones de libros, conciertos o acontecimientos de marcado contenido racista y antidemocrático.

En todas estas asociaciones se les exige a sus miembros como una de las condiciones de membresía que realicen un voto de obediencia a los postulados de la organización y que antepongan este voto frente a cualquier otra obligación contractual, jurídica o moral. ¿Podría una persona de este perfil ser un buen juez?

Pareciera que no. El juez no podría honrar su voto de obediencia a la asociación a la cual pertenece y al mismo tiempo honrar a la Constitución. Además, su imparcialidad habría quedado definitivamente afectada, ya que casi cualquier pleito puede remitir, directa o indirectamente, a postulados constitucionales, cuya negación sesgaría claramente los resultados del proceso. Y, por último, porque la apariencia de parcialidad se mostraría con toda su fuerza. «La administración de la justicia —dice el Tribunal Supremo de California en uno de sus fallos— se ve perjudicada por la percepción de sesgos racistas, se trasladen o no a los fallos y órdenes de los tribunales»³⁰.

4.3. Un caso distinto al anterior en muchos aspectos, pero que no evita la percepción de parcialidad en el ejercicio jurisdiccional es la del juez que pertenece a una asociación que se dedica a realizar actos de caridad, a cumplir funciones sociales benéficas como la Cruz Roja o que opera en defensa de los derechos humanos como Amnesty International. La diferencia con el caso precedente es manifiesta. Es, fundamentalmente, de carácter ideológico, ya que aquí los postulados de estas asociaciones

30. Cf. Steven Lubet, ob. cit. p. 998.

son perfectamente compatibles con los principios constitucionales. Al poner en práctica los principios de la asociación el juez ejecuta al mismo tiempo mandatos o permisiones constitucionales. Por ello no es de extrañar de que si la figura del juez queda afectada en un caso concreto funcione el apartamiento voluntario o la recusación. Sería suficiente aquí que al juez le estuviera vedado ocupar posiciones directivas o realizar ciertas acciones, como hacer campañas pidiendo contribuciones económicas, por ejemplo.

5. El caso del juez estrafalario. Supóngase ahora que se trata de un juez que tiene un sentido particular de la moda y gustos estéticos no compartidos por la mayoría de la población en la que ejerce su profesión. Su cabello, teñido de amarillo, está modelado en forma de melena que acaba con una coleta que le llega más abajo de sus hombros. Adornan su oreja derecha una media docena de aretes y por su ceja izquierda sobresalen dos alfileres que acaban en una imitación de brillantes. Llega todas las mañanas a su despacho vestido con jeans y zapatillas, y aunque en las audiencias lleva la toga, tal como es preceptivo, suele llevar pintadas algunas uñas de su mano derecha de color fucsia. ¿Sería considerado un buen juez? Piero Calamandrei diría que no. En su opinión, «en los jueces, aun en la vida privada, se reprochan como indignas de la seriedad de sus funciones, ciertas pequeñas debilidades o ciertas inocentes distracciones que se perdonan o hasta se miran con simpatía en otras personas ... [una] sensación de desaliento se apoderó de mí una vez, cuando al hablar de cerca ... con el presidente de una Corte penal ante el que tenía que discutir momentos después un recurso noté, en los irisados reflejos de su cabellera untada con pomada, que se teñía el cabello. ¡Ay! ¡Ay! ¿Cómo puede ser investigador escrupuloso de la verdad en los asuntos ajenos, el que la adúltera en sí mismo hasta en el color de los cuatro pelos que todavía le quedan?»³¹ No pareciera pues que una persona estrafalaria pudiera llegar a ser un buen juez.

En todos estos casos, la apariencia de justicia juega un papel fundamental. No basta, parece ser, que la decisión de los jueces sea justa o conforme a derecho, sino que así también debe parecerla. Una apariencia de impropiedad afectaría de tal manera la creencia de la población en el aparato judicial que tendría un efecto desestabilizador de incalculables consecuencias negativas para el régimen político y jurídico vigente. Hay que recordar aquí el conocido teorema de Thomas en el sentido de que si una acción se vive como real, sus consecuencias terminarán siendo reales. Si los ciudadanos consideran que el juez actúa torticeramente, se

31. Cf. Piero Calamandrei, ob. cit. p. 302.

comportarán respecto de él como si efectivamente así lo hiciera. Una segunda línea argumental que se esgrime en contra de la afirmación de que una mala persona puede ser un buen juez es que un juez que se comporta incorrectamente en su vida privada también lo hace en la vida pública o en el ejercicio de su profesión, ya que no podría mantener durante mucho tiempo una vida dividida, esquizofrénica y, por lo tanto, más pronto o más tarde su faceta inmoral terminaría por imponerse también en su ejercicio de la potestad jurisdiccional. Un juez que no obedeciera la ley como ciudadano, por ejemplo, estaría psicológicamente impedido de hacerla obedecer a otras personas. Un juez acostumbrado a violar las normas de tránsito difícilmente —se aduce— sancionaría adecuadamente a quienes violaran el código de circulación. Además, si un condenado o quien haya perdido un juicio observa que el comportamiento del juez es exactamente igual al hecho que motiva la sentencia que le es adversa descreerá de la justicia, no se sentirá vinculada a ella y el mensaje reprobatorio contenido en el fallo perderá su fuerza motivante desde un punto de vista pragmático. Un juez que no realice los aportes jubilatorios a su empleada doméstica difícilmente, se arguye, llegado el caso, condenará a otra persona que está en su misma situación a realizar tales aportes obligatorios. La empleada doméstica de autos, a su vez, perderá la fe en la justicia y no se sentirá vinculada al sistema jurídico-político. Y ésta es, a todas luces, una situación negativa que afecta a todos. La situación descrita puede ser ilustrada con un ejemplo suministrado por Gerald Dworkin. Supongamos, dice G. Dworkin, que dos ladrones están cometiendo un robo y que el de más edad le dice a su compañero que aquello que está haciendo, robar, es incorrecto moral y jurídicamente. El ladrón más joven sorprendido al escuchar esa reprensión contesta a su compañero no sólo que él está haciendo lo mismo, sino que es un ladrón habitual con más años en esa profesión. Y que por ese motivo no tiene el derecho a formularle esa crítica. A lo que el veterano ladrón responde que ese dato es irrelevante, que el acto que el joven está llevando a cabo, robar, está mal³².

La cuestión aquí, dice Dworkin, no es si la crítica formulada por el asaltante más viejo a su joven compañero es por su contenido correcta según algún sistema de normas. La cuestión a dilucidar es si quien formula la crítica, en ese contexto, está en posición de hacerla. Ello es así, porque en el día logo moral, ambas partes, criticante y criticado, han de reconocerse mutuamente como agentes morales pertenecientes a una misma comunidad

32. Cf. Gerald Dworkin, «Morally Speaking», en Edna Ullmann-Margalit (ed.) *Reasoning Practically*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 184.

moral. Este elemento es relevante debido a que, pragmáticamente, las sanciones morales operan de un modo efectivo sólo cuando el sancionado siente que se distancia de la persona que le ha criticado o de la comunidad moral a la cual pertenece, y que él valora como legítima o merecedora de respeto. No es suficiente pues, desde un punto de vista pragmático, que la crítica sea correcta, es necesario que la crítica o la sanción produzca un sentimiento de vergüenza o de arrepentimiento en el criticado o reprendido. Si quien es sancionado observa que su sancionador realiza los mismos actos por los cuales se hace merecedor a la crítica, ese apartamiento, ese sentimiento de pérdida de pertenencia a la comunidad, esa vergüenza o arrepentimiento tan propia del fenómeno ético no se producirá. Y la crítica moral habría perdido parte de su fuerza motivante³³.

Las consideraciones precedentes suponen, por lo tanto, la negación de la afirmación que sostiene que incluso en un Estado democrático de derecho donde los jueces tienen la obligación de fundar sus sentencias una mala persona puede ser un buen juez, ya que sus conductas como individuos desmerecería la fuerza motivante de sus decisiones no solo frente al sujeto sobre los que recaen sino también sobre el resto de los ciudadanos. En todos los casos analizados, y en otros que pudieran ofrecerse, hay que pensar que los jueces realizan los actos descritos de un modo usual, permanente, no de forma excepcional o aislada y que, por lo tanto, tales conductas constituyen o son indicativas de un rasgo de sus respectivos caracteres. Tales acciones ejecutadas una única vez o muy esporádicamente tal vez no tengan la entidad suficiente como para servir de referencia para nuestros propósitos; esto es, saber si una mala persona puede ser un buen juez.

En los casos de jueces irascibles, de vida sexual no ortodoxa, de los que frecuentan compañías peligrosas o del juez estafalario, las razones que se invocan para prohibirles conductas que a un ciudadano común le estarían claramente permitidas se debe a que tales conductas disminuyen, desde el punto de vista social, el respeto hacia los órganos de justicia que el conjunto de la población debe profesar en toda sociedad organizada, cualquiera sea el régimen político o judicial que adopte. En todos estos casos se asume además que el comportamiento impropio de un juez es trasladable al conjunto de la judicatura y que la percepción de un caso particular genera o permite generar una generalización respecto de todos los jueces. Es en virtud de estas razones que hay que prohibir comportamientos impropios, aunque en muchos de estos casos las

33. Ibidem, p. 187.

sentencias que los jueces dictan no se vean afectadas en su juridicidad. Basta que se afecte o pueda verse afectada la apariencia de juridicidad. En este sentido, a los jueces se les exigiría una actitud y un comportamiento que va más allá del mero cumplimiento del derecho.

Pero esta conclusión no puede aceptarse sin algunas precisiones adicionales. En primer lugar, porque no está muy claro cuáles son las acciones que denotan las expresiones como «comportamientos impropios», sobre todo en sociedades complejas donde coexisten diversos códigos de moralidad positiva o estéticos. Y cuando se indaga en la vida privada de las personas para determinar cuáles son los defectos que padecen en sus respectivos caracteres, se sabe cuando se comienza pero no cuando se acaba. Esto conllevaría una enorme discrecionalidad para sancionar conductas inespecíficas con la consiguiente indefensión de los miembros del aparato judicial. Esto obligaría a ser cuidadosos en el diseño de la disciplina de la vida privada de los jueces. Tan es así que muchos opinan que sería mejor dejarla a merced de un consenso gremial que no tiene por qué ser expreso; esto es dejarla a la autorregulación profesional. De hecho, esto es lo que sucede. Según Perfecto Andrés Ibañez, «no puede desconocerse que el rol judicial impone, en la forma en que tradicionalmente se le concibe, un plus de rigor y de autocontrol generalmente superior al que se da en el común de las personas ...»³⁴

Pero a pesar de estas prevenciones y de las suficientes salvaguardas que haya que tener para garantizar los derechos de los jueces en cuanto ciudadanos es verdad que se les debe exigir cierta contención en sus acciones que ofrezcan una imagen de ecuanimidad, objetividad e imparcialidad, ya que si el justiciable tuviera la percepción de que sus decisiones son sesgadas o torticeras el impacto que eso podría tener en la vida jurídica podría ser igual al que tendría si realmente lo fueran.

Por otra parte, la afirmación de que el reproche que lleva aparejada toda condena pierde fuerza motivante en casos como el del juez que realiza las mismas acciones que luego sanciona en sus sentencias merece ser analizada con algún detenimiento. Tal vez Gerald Dworkin tenga razón acerca de cómo funcionan pragmáticamente las condenas morales. Tal vez tenga razón en que un presupuesto de la eficacia de la crítica moral sea que quien critica no esté contaminado por los mismos actos que constituyen el objeto de su recriminación, pero desde una perspectiva jurídica las sentencias operan de una manera distinta. En primer lugar,

34. Cf. Perfecto Andrés Ibañez, *Justicia/Conflicto*. Madrid: Tecnos, 1988, p. 262.

porque juzgador y condenado no tienen porqué participar, ni sentirse partícipes, de una misma comunidad de intereses o de valores morales o de otro tipo, ni identificarse el uno con el otro, ni que la reprimenda sea sentida como legítima por su destinatario, tal como lo señalan quienes se han dedicado al análisis de las subculturas de la delincuencia. Pero, además, el juez puede dictar una sentencia conforme a derecho sabiendo que es moralmente injusta, tal como lo muestra el artículo 4.3 del Código Penal que establece que los jueces o tribunales pueden solicitar el indulto de una persona cuando «de la rigurosa aplicación de la ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendiendo al mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo»³⁵. En ese sentido, ni tan siquiera el juez que en virtud de su profesión dicta habitualmente sentencias debe identificarse a sí mismo con cada uno de los postulados del derecho vigente, le basta con identificar las normas que servirán de fundamento legal a su sentencia por las fuentes sociales que las produjeron. Pero esta identificación no significa que aprueba o desaprueba esas normas. Nada de esquizofrenia hay en ello³⁶. Y si esto es así, el argumento que exige absoluta coherencia moral entre las sentencias emitidas por los jueces y los valores personales por ellos mantenidos pierde gran parte de su plausibilidad³⁷.

No obstante estas razones nada triviales, conviene recordar que las normas jurídicas en general y las sentencias en particular cumplen también una función simbólica de carácter ideológico-moral en apoyo de los fines que sustentan o promocionan, y no únicamente respecto del condenado sino también respecto de toda la sociedad. Y que esta función se ve menoscabada cuando la autoridad que la dicta es indigna, a los ojos del público, para llevar a cabo esa acción. En ese sentido, parecería prudencial exigir al juez un comportamiento apropiado; esto es, que al menos se abstenga de realizar aquellas acciones que pudiera condenar.

El caso del juez que pertenece a asociaciones no democráticas o con posiciones anticonstitucionales es diferente. Aquí sí existe una contradicción entre obedecer dos sistemas normativos cuyas conductas son pragmáticamente incompatibles; personas de ese tenor no deberían

35. El propio G. Dworkin parecería aceptar que el mundo de la moral se diferencia en este aspecto del ámbito jurídico.

36. No analizaré aquí la factibilidad del caso de un juez perfectamente hipócrita, esto es, de aquel que tiene una moral privada muy marcada pero que en todas sus actuaciones públicas actúa y decide las cuestiones que conoce de una manera incompatible con sus propias convicciones.

37. Tal vez esta conclusión pueda ser analizada como una cuestión de grados, que vale para la generalidad de los casos o para casos no excepcionalmente apremiantes. Difícilmente un juez que aborrezca la pena de muerte dicte repetidamente sentencias condenatorias en ese sentido.

ser designadas juez, y si ya lo fueran deberían ser expulsadas del poder judicial³⁸.

Para aquellos casos, en cambio, donde un juez tenga una ideología compatible con los valores de la constitución pero ante un hecho concreto su juicio pueda quedar sesgado, o dar la apariencia de ello, basta establecer un sistema amplio de apartamiento o de recusación. Según Joan Picó y Junoy, «el interés moral o religioso, en supuestos excepcionales, puede ser de tal trascendencia para el juzgador que ponga en duda su objetividad, por lo que adquiere sentido su sustitución. Así, podemos pensar en el caso del juez que perteneciendo activamente a una asociación religiosa debe resolver una controversia que, atendiendo en conciencia a los postulados de su creencia, ha de resolverla inexorablemente de una determinada manera ... Al respecto, podemos citar el caso de un juez de Málaga, cuyas creencias religiosas contrarias al aborto eran conocidas, que fue recusado por el abogado de un imputado por delito de aborto al amparo del interés indirecto del juez en la causa. Este aceptó el motivo y fue separado del asunto...»³⁹ Pero, además, difícilmente se podría calificar a una persona que mantiene posiciones en favor de los derechos humanos como que es una «mala persona».

Ahora bien, para tratar de responder a la pregunta de si una mala persona puede llegar a ser técnicamente un buen juez en un sistema donde impera la obligatoriedad de fundar las sentencias en derecho, esto es, en un sistema donde el juez tiene que decidir conforme a un sistema de fuentes preestablecido como la ley, la costumbre o los principios generales del derecho, hay que considerar un último argumento. El que indefectiblemente una mala persona trasladará sus convicciones personales a su actuación profesional. Los jueces no pueden aplicar el derecho —se sostiene— sin interpretarlo previamente, y la interpretación es una actividad no solamente descriptiva de las normas dictadas por los legisladores sino también creativa sujeta a las veleidades ideológicas —en un sentido amplio— del interprete⁴⁰. Según estas tesis, para cumplir técnicamente de manera impecable la función de juez se habría que tener ciertos caracteres

38. Es el caso de los jueces designados por dictaduras militares horribles cuyas prácticas violan todos los derechos humanos y que exigen obediencia a sus postulados. Mientras se mantiene el régimen tiránico, estos jueces suelen rechazar todas las solicitudes de amparo o de *habeas corpus*. Luego en las transiciones a la democracia son mantenidos en su cargo y no suele ser infrecuente que esos mismos jueces se constituyan en un fuerte obstáculo para la completa democratización del país. Para un caso como el de los jueces chilenos puede consultarse: Alejandra Matas, *El libro negro de la justicia chilena*. Barcelona: Editorial Planeta, 2000.

39. Cf. Joan Picó y Junoy, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*. Barcelona, J. Bosch, 1998, p.

40. Aquí utilizo el término «interpretar» ambiguamente, para describir las normas que los legisladores dictan en los casos que ello sea posible (cuando la formulación legislativa tiene solo un significado posible) y para asignar un significado a esa formulación de entre varios posibles.

personales, cierta ideología y cierta moral como condiciones necesarias para ello —aunque obviamente no suficientes⁴¹, ya que habría una conexión necesaria entre la resolución de al menos algunos casos judiciales y la moral privada del juez. El juez no podría dejar de proyectar, en definitiva, en cada una de este tipo de sentencias sus propias valoraciones personales. Esta especie de «vertido de moralidad» que lleva a cabo el juez en sus decisiones se vería favorecida en modo diverso en el siguiente listado no exhaustivo de situaciones:

- a. En ocasiones, el ordenamiento jurídico permite, o incluso exige, que el juez decida en una controversia de acuerdo a sus propios criterios valorativos sin sujetarse a restricción jurídica alguna. La discrecionalidad que aquí se observa en el juzgador es absoluta. Es el caso en el que el juez debe decidir en equidad.
- b. En otras ocasiones, el juez puede tomar una decisión entre un abanico de posibilidades. Cumple con la obligación de decidir conforme a derecho escogiendo cualquiera de las alternativas, como cuando puede imponer una pena de entre 8 y 25 años por la comisión de un determinado delito. Aquí la imposición de la pena efectiva será más o menos severa de acuerdo, entre otras cosas, al peculiar entendimiento del juzgador.
- c. En otros casos, el legislador utiliza términos tan generales como «morigeración» o expresiones tan vagas como «buen padre de familia», que el juez se ve obligado a acudir «a conceptos metajurídicos extraídos de su propio mundo de la cultura y de su particular experiencia»⁴² para definirlos y hacerlos operativos al momento de resolver una controversia.
- d. Hay cuestiones además que no pueden resolverse sin tener una teoría moral completa o, al menos, bien desarrollada. Difícilmente se puede determinar el significado que tiene la expresión «tratos inhumanos y degradantes» sin hacer referencia a elementos tan importantes para la teoría y la práctica moral como la dignidad o la autonomía de la persona⁴³.

41. Un análisis acerca de si se requiere que las personas que ocupan o se postulan para ocupar cargos electos han de tener determinados rasgos personales como condición necesaria para desarrollar con plenitud su función puede verse en: Frederick Schauer, «Can Public Figures Have Private Lives?», *Social Philosophy and Policy*, vol 17, n° 2, 2000, pp. 293 y ss.

4.2 Cf. Perfecto Andrés Ibañez, ob. cit. p. 253.

43. He tomado prestado este ejemplo de una discusión mantenida con José Juan Moreso en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

- e. Por otro lado, el orden jurídico autoriza al juez, a veces, a dictar normas generales para resolver una laguna normativa que le permita solucionar un caso apelando a procedimientos como el de analogía que, al no ser exclusivamente de carácter lógico, involucran necesariamente cierta dosis de valoración⁴⁴.
- f. Además, los jueces también dictan normas en aquellas ocasiones en las que afirman la existencia de una laguna axiológica negándose con ello a aplicar la solución que el legislador había previsto para ese caso. Que se sostenga la existencia de este tipo de lagunas depende por entero de la valoración que haga el juzgador del supuesto de hecho y del entramado normativo. El apartamiento por parte del juez del mandato legislativo es aquí manifiesto y la creación normativa que lleva a cabo indudable⁴⁵.

Pero el derrame moral e ideológico que el juez realiza en su actividad de juzgar no queda reducido al ámbito de la interpretación normativa, también se manifiesta en lo relativo a la evaluación de la prueba de los hechos que van a constituir los fundamentos fácticos con que deben construir sus sentencias⁴⁶. En efecto, cuando el juez evalúa la credibilidad de un medio de prueba o la atendibilidad de una prueba lo hace desde la perspectiva de la sana crítica, y este criterio reenvía necesariamente a ciertas valoraciones personales del juez.

De hecho, las partes en el proceso introducen información acerca de los datos fácticos que consideran relevante para mejor apoyar sus pretensiones y sobre los cuales el juez deberá decidir. Buena parte de esa información, sin embargo, redundante, irrelevante y hasta manifiestamente contradictoria. Por otra parte, el juez tiene prohibido conocer sobre los hechos del litigio y mencionarlos en sus decisiones por medios diferentes a los procesalmente admitidos. El juez se ve obligado a bucear, en consecuencia, entre esa maraña de datos para formular un enunciado acerca de un acontecimiento histórico con pretensiones de verdad. Pero «la apreciación de la prueba es una actividad compleja sujeta a ciertos criterios, no siempre únicos, ni explícitos, ni claros, ni jerarquizados: la apreciación de la prueba se halla librada a la experiencia del juzgador ...»⁴⁷

Si esto es así, pareciera que ciertas valoraciones personales son también inescindibles de la evaluación de las pruebas en el proceso. Como se ha puesto de manifiesto repetidamente respecto de la aplicación del derecho penal sexual, la ideología de un juez juega un papel relevante en

47. Cf. Daniel Mendonça, *Las claves del derecho*. Barcelona: Gedisa 2000, p.191.

la presentación de los hechos que considera probados⁴⁸.

Finalmente, aunque no menos importante, se ha advertido, con la constitucionalización de las llamadas libertades básicas y derechos fundamentales del hombre un aumento y potenciación de las valoraciones con las cuales el juez imprime sus sentencias, ya que estos conceptos no únicamente son vagos y ambiguos, sino también dependientes de una concepción de lo bueno o de lo correcto.

Llegados a este punto, si se admitiera que existe una íntima conexión entre valoraciones morales, políticas o sociales e interpretación y aplicación del derecho, al menos para cierto tipo de controversias jurídicas, resultaría que el juez al decidir estaría adscribiendo derechos y obligaciones según su particular concepción de lo bueno o de lo correcto.

En ese sentido, pareciera que no en todos los casos se puede hacer una aplicación «mecánica» del derecho para resolver una determinada controversia sometida a consideración judicial. No en todos los supuestos la formulación normativa de carácter legislativo implica una única norma, ni los hechos probados en el proceso son de tal magnitud que permiten una descripción completa y certera desde el punto de vista de los elementos relevantes del hecho acaecido históricamente, o existen lagunas de conocimiento y reconocimiento. Pareciera pues que el modelo donde los jueces tienen la obligación de fundar sus sentencias opera, en muchas hipótesis, como en el caso de su modelo opuesto —piénsese en la hipótesis de una situación gobernada por una discrecionalidad absoluta—, se acerca peligrosamente a él en algunos supuestos —recuérdese las lagunas axiológicas— o comparte un cierto aire de familia —la sana crítica en las tareas de evaluación de las pruebas—. Si en el primero de los modelos analizados se afirmó que una mala persona jamás podría ser un buen juez, en el que impera la obligación de fundar las sentencias parecería que tampoco ello es posible⁴⁹. Pero el concepto de «mala persona», que es parasitario de un conjunto de normas, puede ser interpretado como dependiente de la moral social o de la moral crítica. Una «mala persona» definida en atención exclusivamente a consideraciones morales positivas del momento tiene un serio inconveniente, y es que hace depender la valoración ética de aspectos que pueden basarse en prejuicios de distintos tipos o en principios que colisionan claramente con principios constitucionales bien asentados. Y no conviene olvidar que no es función de los jueces refrendar con su comportamiento y menos aun con sus sentencias la moral

49. Hay que señalar aquí que aunque se trata de una cuestión empírica, es razonable pensar que todos los jueces se enfrentarán a casos como éstos más de una vez en su ejercicio profesional.

social vigente, y que no en pocas ocasiones los jueces deben decidir en contra de las valoraciones sociales vigentes porque así lo demandan los valores constitucionales.

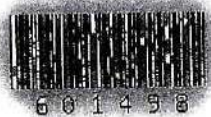
Queda pues como alternativa para definir «mala persona» los criterios definidos por la moral crítica; estos criterios, valores y postulados básicos suelen estar ya recogidos en el ordenamiento constitucional que organiza el Estado social y democrático de derecho. Es verdad que el esquema valorativo que informa los sistemas constitucionales modernos caben diversas sensibilidades; por ejemplo, mantener una posición más igualitaria que otra en materia social. Pero aceptar esta afirmación no significa que cabe cualquier valoración. Un fascista consecuente, un ultraderechista declarado o quien haya honrado dictaduras militares sangrientas no pueden reclamar pretensión de buena persona y en consecuencia no podrían ser buenos jueces.

Y si el moderno constitucionalismo político se asienta en el respeto de los derechos de todos los ciudadanos, categoría que incluye naturalmente a todos los jueces, se ha de ser muy cuidadoso en la restricción de sus comportamientos privados de las personas. A la luz de esta concepción, la prohibición o sanción impuestas a los jueces de algunos de los ejemplos analizados con anterioridad merecerían ser nuevamente reconsiderados.

No parecería ser aceptable restringir el comportamiento de los jueces en materia sexual. Impedir que los jueces sean homosexuales implicaría aceptar que existen pautas de comportamiento sexual que aún cuando no dañan a otro deberían ser prohibidas o sancionadas. Pero una tal actitud constituye un ejercicio de perfeccionismo moral incompatible con un Estado éticamente justificado. Al Estado le debería ser indiferente que sus jueces sean homo o heterosexuales, incluso en aquellos casos en cuyo conocimiento y decisión pueda llegar a jugar algún papel la particular visión personal del juez —siempre que sea compatibles con los grandes valores constitucionales, obviamente—. Otras restricciones, como imponer a los jueces la obligación de vestir con una cierta pulcritud gana en plausibilidad en la medida que no está en juego un derecho esencial de la personalidad no sujeto a negociación, i.e., el derecho a llevar cualquier indumentaria cualesquiera sean las circunstancias de tiempo, lugar y funciones que se cumpla. No habría nada de inmoral en obligar a los jueces a vestir corbata, como no hay nada éticamente reprobable en exigir a los estudiantes de cierta edad que lleven guardapolvos blancos o a los militares a usar uniformes⁵⁰.

50. No prestaré atención aquí a las funciones simbólicas que cumplen determinadas formalidades, exigencias estéticas y vestimentas que rodean el ejercicio de la función jurisdiccional.

Si la función del juez es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado aplicando la constitución, el sistema de fuentes y los valores contenidos en ellas que sean compatibles con la ética crítica resultaría que para ser un buen juez, desde el punto de vista técnico, debe resolver los conflictos que competencialmente conoce imbuyendo sus decisiones precisamente de esos valores en todos aquellos casos que fuera menester. Las valoraciones personales ajenas a dicho orden serían entonces inaceptables y de ninguna manera podrían ser invocadas o utilizadas en ningún caso. Una mala persona definida en términos de su rechazo a este sistema de valores políticos no podría ser en ese sentido un buen técnico como juez⁵¹.



51. Conviene recordar por otra parte el compromiso que los jueces y magistrados adquieren cuando en una democracia juran sus cargos y prometen obedecer la constitución y las leyes. Al hacerlo refuerzan, si esto es posible, sus obligaciones para con estos principios morales.



Este libro se terminó de imprimir
en Talleres Gráficos UCA,
en el mes de enero de 2010.
La edición consta de 2000 ejemplares.